Carl Schmitt

EL NOMOS DE LA TIERRA

En el Derecho de Gentes del "Jus publicum europaeum"

Editorial Struhart & Cía.

Título original: *Der nomos der erde im Volkerrecht des jus publicum europaeum.*
Editado por: Duncker & Humblot, Berlin.
Traducido por: Dora Schilling Thon

Printed and made in Argentina
Hecho e impreso en la República Argentina

I.S.B.N.: 950-9221-20-1

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723.

Índice general

Prólogo

Un biólogo alemán, Jakob Johann Uexküll (1864-1944), avanzó la idea de que cada especie posee un mundo propio, que le proporciona una experiencia particular e intransferible de su contorno. El mundo propio (*Umwelt*) del hombre no es el mismo que el del perro o el de la mosca. El mundo, latamente considerado, se compondría así por el conjunto de estos mundos específicos, de estos *Umwelten*, cada uno de ellos portador de una forma particular de otorgar sentido al primero. A partir de esta noción, Ernst Cassirer pudo caracterizar al hombre como "animal simbólico"[1]. El *Umwelt* propio del hombre no es un mundo puramente físico, sino un universo simbólico de lenguaje, pensamientos, mitos, instituciones, ciencia, arte, etc. y -además- objetos que resultan materializaciones de aquellos símbolos[2].

A partir de aquí podríamos situar la idea nuclear de "*Der Nomos der Erde*". Según ella, el hombre está fundamentalmente vinculado al espacio terrestre; por lo tanto, crea y desenvuelve el universo simbólico de su *Umwelt* a partir de la tierra, considerada en la acepción de uno de los cuatro elementos primordiales sobre los que se volcara la reflexión de los antiguos pensadores milesios. Cada época va modificando su *Umwelt* de acuerdo con la comprensión simbólica que formula del planeta y del universo. Pero, ante todo, esa modificación se opera en alguien plantado sobre el espacio terrestre y que mira desde él.

[1] Ernst Cassirer, "Antropología Filosófica", FCE, México, 1945, trad. de Eugenio Imaz

[2] Ludwig von Bertalanffy, "Robots, Hombres y Mentes - La Psicología en el Mundo Moderno", Guardarrama, Madrid, 1974, trad, de Fernando Calleja

tierras en el Nuevo Mundo desde 1492 (parte II) y la configuración del *jus publicum europaeum* (parte III), para concluir (parte IV) con una descripción de los rasgos del nuevo *nomos* que sucede a la progresiva disolución del Derecho de Gentes que aquel *ius* establecía. El paso de un *nomos* a otro se desenvuelve a partir de la dialéctica tierra/mar[8]. Aquí retoma Schmitt, bajo su particular registro, una cuestión ya planteada por geopolíticos -como Halford Mackinder- e historiadores -como Ludwig Dehio[9]- acerca de la distinción y tendencia al enfrentamiento entre las potencias continentales y las potencias insulares. Tierra y mar, de acuerdo con nuestro autor, difieren en que el elemento telúrico es una unidad de espacio que permite de inmediato el ordenamiento y la localización y donde, en consecuencia, cada parte pertenece a alguien. El mar, en cambio, es libre y, en principio, pertenece a todos. El *ius gentium* de la época del *nomos* preglobal, anterior al Descubrimiento de América, no se planteaba conflictos de ordenamiento del espacio entre el suelo y las aguas. Podía haber estructuras políticas puramente continentales, potámicas (fluviales) o talásicas (volcadas sobre un mar interior), pero sin regulaciones separadas para uno y otro elemento. El *nomos* desencadenado a partir de los hallazgos colombinos, contiene -en cambio- la primera imagen global de la tierra, con sus masas continentales y la nueva dimensión de la "mar océana". En esta "nueva fase de conciencia humana del espacio y del orden global", como subraya nuestro autor, el *ius gentium* se caracteriza por una separación entre el ordenamiento espacial de la tierra firme y el ordenamiento espacial del mar libre. Nace así el *ius publicum europaeum*, destinado a regir durante cuatro siglos. Es un *ius gentium* cristiano y europeo, cuyos actores habrán de ser las monarquías nacionales. Dentro de Europa, en sus relaciones interestatales se tenderá al equilibrio, noción que sustituye a la de asentamiento, especialmente a partir de la Paz de Westfalia

[8] Ver Carl Schmitt, *Tierra y Mar - Consideraciones sobre la Historia Universal*, trad. de Rafael Fernández Quintnilla, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952. El original alemán, *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, es de 1942.

[9] Ludwig Dehio, *Gleichgewicht oder Hegemonie (Equilibrio o Hegemonía)*, 1948, trad. italiana de Giuseppe Ciardi-Dupré, Morelliana, Varese, 1954. Dehio, a su vez, en el conflicto entre potencias continentales e insulares, sigue muy de cerca al historiador inglés J.R. Seeley, autor de *La Expansión de Inglaterra* (1883), obra también frecuentada por Carl Schmitt.

(1648). Sus conflictos se rigen por la noción de guerra justa, *iustum bellum*, en la que cada uno de los actores conserva el *ius ad bellum* (facultad de declarar la guerra) y todos se rigen, durante el conflicto, por un compartido *ius in bello* (lo justo durante el curso de la guerra). La paz efectiva consiste, pues, una regulación de la guerra, que resulta posible a partir de considerársela librada entre Estados jurídicamente situados en un pie de igualdad. Fuera de Europa, todo suelo es zona de conquista y colonización, conforme los nuevos títulos jurídicos del descubrimiento y de la ocupación, fundados, primero, en que se trataba de pueblos no cristianos y, más tarde, en que se trataba de pueblos no civilizados.

En la puja por la conducción del nuevo *nomos*, prevalece la decisión de Inglaterra de pasar de una existencia terrestre a una existencia marítima, convirtiéndose en un "pez"[10]. Las tierras tienen diversos dueños; el mar pasa a tener uno solo: *Britannia rule the waves*. Recuérdese que, para nuestro autor, la contraposición tierra/mar no implica tan sólo una elección estratégica, sino que conlleva una visión del planeta y de la vida, esto es, una dimensión existencial aparte. Inglaterra supo, en aquella oportunidad, resolver las preguntas de la esfinge[11] y se convirtió en el nomoteto: "la dialéctica filosófico-histórica de la evolución histórico-universal da al que se halla del lado de las cosas futuras el gran derecho histórico de tomar lo que en el fondo ya tiene", remata nuestro autor en párrafo cuasi hegeliano.

Al prevalecer el decisionismo marítimo sobre el continental, según el cuadro que traza Schmitt, lo indefinido e incondicionado toma la delantera sobre las dimensiones bien marcadas, lo móvil sobre lo estable, el calvinismo sobre el catolicismo, la guerra total sobre la limitada, etc. Mientras los aristócratas franceses del siglo XVIII se entretenían con maravillosos autómatas, relojes increíbles cuyo mecanismo movían los cuatro elementos y cajas de música deliciosas, los ingleses perfeccionaban la máquina de vapor para la industria textil y la navegación. Nuestro autor relaciona la decisión británica por el mar con la

[10] *Tierra y Mar*, cit. p. 97.

[11] "¿Dónde y cómo se realiza la apropiación? ¿dónde y cómo se procede a repartir? ¿dónde y cómo se produce?". Son las preguntas por la pregunta, las preguntas basilares en la renovación del *nómos*.

Todo *Umwelt* humano implica, según Schmitt, un "principio fundamental"[3] de apropiación y distribución de los espacios del planeta, principiando por el espacio terrestre desde donde el hombre configura sus símbolos. Es decir, a toda representación humana del planeta corresponde, de acuerdo con nuestro autor, una imagen simbólica de la asignación y distribución de los espacios en aquél contenidos, comenzando por el elemento telúrico. Esa imagen simbólica se manifiesta en decisiones que asignan y distribuyen en consecuencia. En otras palabras, según se represente el mundo y el cosmos, se representará y ejecutará también lo que Schmitt llama un *Raumordung*, un ordenamiento espacial. Ahora bien, teniendo en cuenta el carácter fundamentalmente terrestre del hombre, no hay ordenamiento (*Ordnung*) posible, sino a partir de un asentamiento (*Ortung*), que también suele traducirse, más literalmente, como "localización" y que podría verterse de modo libre como "arraigo" en un territorio determinado. Esta "ley orgánica", "principio fundamental" o "acto fundamental"[4] ordenador y distributivo es lo que Schmitt llama *nomos* de la Tierra (entendida aquí como conjunto de los espacios del planeta). Este *nomos* que ordena, asigna y distribuye desde un "dónde" determinado, funda o refunda las categorías de lo político y de lo jurídico para las sucesivas representaciones simbólicas del mundo y del cosmos. Schmitt habrá de trazar en esta obra un ciclo de estas fundaciones y refundaciones del *nomos* de la Tierra, describiendo su formulación en la antigüedad preglobal, luego en la forma del *jus publicum europaeum*, a partir del descubrimiento de América, para culminar en el actual tiempo global, a partir de la disolución de aquel *jus*.

Abramos aquí un paréntesis para interrogar un poco más a la palabra *nomos*. Los diccionarios del griego clásico nos dan de ella las acepciones de: lo aceptado y reconocido; usos y costumbres; ley establecida por la costumbre o por la asamblea; principio o fundamento. *Hoi nómoi* hacía referencia, en Atenas, ante todo, a las leyes de Solón; es decir, al acto constituyente y fundante, en la *polis*, de un orden jurídico, político y económico, a

[3] Ver Carl Schmitt, "Cambio de Estructura del Derecjho Internacional" (1943), en *Escritos de Política Mundial*, Heracles, Buenos Aires, 1995, trad. y selección de Horacio Cagni.

[4] Son todas expresiones del autor, utilizadas en esta obra y en la citada en la nota anterior

partir de una fijación de límites a la propiedad agraria y remisión de las deudas[5]. En los mismos diccionarios encontramos *nomos* con el sentido de pasto, forraje, prado o pastura[6]. En el concepto de *nomos* schmittiano se reúnen ambos juegos de acepciones. En su ensayo *Nehmen, Teilen, Weiden*, que se edita aquí como apéndice, y que Antonio Truyol y Serra tradujo[7] como "Apropiación, Partición, Apacentamiento*, Schmitt esclareció las tres operaciones basilares de toda instauración de un *nomos*, a partir de las cuales una sociedad encuentra su orden político, jurídico y económico, respectivamente. En todo *nomos* del planeta, según nuestro autor, hay, ante todo, un *nemein*, es decir, un tomar, ocupar o apropiarse, en el principio de tierra, pero que puede extenderse luego a cualquier espacio o elemento del planeta. En segundo lugar hay un *teilen*, esto es, un dividir o partir lo tomado, donde cada uno recibe lo suyo. En tercer lugar hay un *weiden*, un apacentar o pastorear, en el sentido de hace producir cada espacio recibido. Las tres operaciones corresponderían, respectivamente, a los aspectos político, jurídico y económico del orden de un conjunto humano, que resultan refundados en cada manifestación de un nuevo *nomos* de la Tierra.

Todo *nomos*, según nuestro autor, remite al elemento telúrico, madre y matriz de todo orden, desde el cual se elabora el universo simbólico del hombre. Todo *nomos*, también, resulta instaurador y no derivado de un principio de orden anterior. Todo *nomos*, en fin, implica alguien que decide como tomador, partidor y apacentador, implica, en síntesis, un nomoteto.

Después de unos apuntes sobre el *nomos* del mundo preglobal (corolarios segundo y tercero), la obra desarrolla extensamente la configuración del primer *nomos* global, a partir de la toma de

[5] "Solón, por ejemplo, es para Aristóteles, de manera específica no justificable, el nomoteto que, lo mismo que Licurgo creaba -mediante la partición de la tierra y la cancelación de las deudas- simultaneamente *nómoi* y una *politeia*, mientras que Dracón únicamente emitía *nómoi* dentro de una *politeia* existente", dice nuestro autor. Las referencias de Schmitt remiten a "Política", de Aristóteles, II, IX, 12, 1273b y 1274b.

[6] En *La Ilíada* (XX, 249), Eneas, desafiado por Aquiles, queriendo pasar de los discursos al choque físico, habla de un *nomós* o prado de palabras, donde ellas van de un lado a otro.

[7] Pasando de los verbos del título a los sustantivos que indican en cada caso su acción y efecto. El ensayo es de 1953, posterior en tres años a *Der Nomos der Erde*..

revolución industrial y el desencadenamiento de la técnica como un cuarto reino que impone su hegemonía a los tres clásicos. Pero allí, como el huevo de la serpiente, está el núcleo disolutivo del *nomos*. La transformación técnica de la navegación convierte al capitán Ahab, perseguidor de la mítica ballena blanca, en el comandante escalafonario de un buque factoría. Se oscurece el vínculo, ya visto, entre el orden político, jurídico y económico con un asentamiento o arraigo territorial determinado. Lo indefinido e incondicionado erosiona el *tópos* fundamental de cualquier orden: el suelo. En Inglaterra se imagina la u-topía, la negación de todo asentamiento. La secuencia de apropiación, distribución, apacentamiento queda trastornada. El apacentamiento se convierte en operación técnica de producción sin confines, y acto basilar de los otros dos. La secularización de los siglos XIX y XX produce un des-asentamiento (*Entortung*) al que Nietzsche calificará de nihilismo, que habrá de constituirse en el rasgo definitivo de nuestra época.

Los signos del hundimiento del *nomos* expresado en el *jus publicum europaeum* se van multiplicando, según nuestro autor, a partir de mediados del siglo XIX. En 1848 se produce una guerra civil en Europa, pasando por sobre las demarcaciones estatales. Hacia 1890 se establece el fin de la adquisición colonial, pasándose de un *ius gentium* eurocéntrico a un derecho internacional público universal. En 1919 el *iustum bellum* comienza a ser sustituido por un *ius contra bellum*. La guerra pasa a ser un delito y el enemigo se convierte en un criminal. Progresivamente, la noción del *nomos* como acto concreto y decisión fundante de un ordenamiento y asentamiento referido al espacio es sustituido por una equivalencia entre *nomos* y norma abstracta. El derecho deja de tener referencia a un "dónde" desde el cual concretarlo. Comienza a asimilarse a la producción económica, que no requiere localización, porque resulta indiferente respecto de las particiones espaciales y con ello lo jurídico se disminuye a regulación interna de aquélla: *law and economics*. Al reducirse el orden jurídico a subordinado de las técnicas de producción, se distancian *physis* y *nomos*, como destaca Dalmacio Negro Pavón. El *nomos* no parte de la matriz telúrica, sino de un *Sollen*, un deber ser plasmado en una *Grundnorm*, que, en palabras de Kelsen, constituye el fundamento de validez de todas las normas que constituyen un ordenamiento, organizándolo en unidad. Se postula así un derecho planetario, de base nihilista, donde el espacio no tiene carácter de fundamento sino, en todo caso, de peculiaridad de contenido, en el cual, según nuestro autor, se transparenta la imposición de la constelación de valores de quien lo hace eficaz[12].

El *ius contra bellum*, núcleo de ese derecho planetario en su faz de *ius publicum*, ha exacerbado la enemistad absoluta a nivel global, bajo forma de una guerra civil que se libra no importa dónde. La noción misma de guerra desaparece cuando uno de los bandos no tiene un mínimo de posibilidad de vencer. Entonces -dice nuestro autor- "el enemigo ya no es más que el objeto de una medida coercitiva en cuyo caso la oposición entre las partes beligerantes aumenta en un grado correspondiente. El vencido trasladará la diferencia entre poder y derecho al plano del *bellum intestinum*. El vencedor considerará la superioridad de sus armas como una prueba de su *iusta causa* y declarará criminal al enemigo, puesto que ya no es posible realizar el concepto de *iustus hostis* (...) La evolución de los medios técnicos de destrucción abre el abismo de una discriminación moral y jurídica igualmente destructiva".

Esta obra, junto con "Teoría de la Constitución", conforman los dos trabajos de mayor extensión y enjundia emprendidos por Schmitt. A pesar del empeño especialístico de distinguir un Schmitt politólogo de un Schmitt jurista y, en este último campo, el constitucionalista del internacionalista, aquí se demuestra la inescindible unidad de su reflexión sobre lo jurídico y lo político, que remite a la misma matriz telúrica.

Publicado en 1950[13], "El Nomos de la Tierra" pretendía, en un mundo por entonces políticamente bipolar, señalar la posibilidad de un nuevo *nomos* del planeta conformado por una pluralidad de "grandes espacios". En una conferencia posterior[14], Schmitt habría de volver sobre el tema, subrayando su convicción de que, incluso en el tiempo global, la pluriversidad de unidades políticas prevalecería sobre un *dominus orbi*. Medio siglo después nos encontramos frente al fenómeno de la glo-

[12] Ver "La Tiranía de los Valores", en *Revista de Estudios Políticos*, n° 115, Madrid, enero-febrero 1961.
[13] Y culminando una lista de reflexión que comienza con Gesetz und Urteil (Juicio y Sentencia) de 1912.
[14] *La Unidad del Mundo*, Ateneo, Madrid, 1951.

balización, para cuya comprensión las categorías del pensamiento schmittiano siguen vigentes.

"*Globalización*" alude a la presencia omnímoda y ubicua de mecanismos o "soportes" impersonales como las redes tecnológicas de comunicación, los mercados financieros y, en general, los aparatos ajustados a "elecciones racionales" conforme la fórmula binaria costo/beneficio y el objetivo de maximizar estos últimos. Aquellos soportes resultan portadores de su propia lógica interna, cuyas conclusiones resultan de sistemas expertos y que se satisfacen a ellos mismos en el desenvolvimiento de su propio mecanismo. La globalización se refiere, pues, a una metafórica malla impersonal, autosuficiente e inexorable, que prescinde del hombre, reducido a una especie de ente anticuado, periférico y, pronto, quizás hasta virtual. La globalización va aún más allá del planteo, ya de por sí algo trastornante, de un espacio para considerar el desenvolvimiento de nuestras vidas que equivalga al mundo entero y no a la comarca, a un "dónde" demarcado. En aquélla no se apela a referencia espacial alguna. Tampoco figura referencia al hombre, expresado por sus preferencias en percentiles sobre gráficos de barra o de torta, esto es, reducido a superstición estadística. La metáfora globalizadora es la de un entramado de redes, donde, como en el Dios esférico de Pascal, el centro está en todas partes y la circunferencia en ninguna.

Junto a la globalización reticular, que prescinde del hombre y de la dimensión espaciotemporal en que aquél transcurre su vida (especialmente de la telúrica que Schmitt destaca), existe otra forma de mundialización, que a veces se confunde con la primera, pero que es diversa de aquélla.. Me refiero a la tendencia hacia un imperio planetario. No estoy hablando de la conjura de un "colegio invisible" que pretenda regir monocráticamente el mundo desde las sombras, aunque proyectos en tal sentido hayan existido o quizás existan en la actualidad. Hago referencia al carácter de superpotencia planetaria que asumen los EE.UU., con mayor fuerza desde 1991 (fecha del derrumbe del imperio soviético) y, con especial inflexión, desde el 11 de septiembre de 2001. Es la primera vez en la historia del hombre que una potencia se presenta como superior a todas las demás, simultáneamente en el plano militar, económico y tecnológico, teniendo como objetivo el dominio político sobre una ecúmene que coin-

cide con el planeta entero. En la lucha declarada al terrorismo fundamentalista islámico, observamos a un Leviatán ubicuo debatiéndose con un Behemot que también está en todas partes, y que ha perdido la nota telúrica que Schmitt adjudicaba al guerrillero[15].

Tenemos, pues, la actuación simultánea de dos tendencias hacia la unificación del mundo. Una, conforme a la razón tecnológica. Otra, conforme a la razón política. Ambas razones, en la versión que tenemos ante nuestros ojos, se presentan como maximizadoras, absolutizadoras y expansivas, es decir, carecen de la noción de límite y medida y su lema es "siempre más". Desde este punto de vista, una y otra están enfermas de *hybris*, la arrogante desmesura que en la mitología griega era trágicamente puesta en su lugar por obra de Némesis.

No hay aún una respuesta a quién será el nuevo nomoteto, que tome, reparta y apaciente. De todos modos, cualquier respuesta a las preguntas fatídicas, y cualquier pregunta que se plantee sobre esas respuestas, no podrá prescindir de las reflexiones que aquí desarrolla Carl Schmitt.

Luis María Bandieri

[15] *Teoría del Partisano*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, trad. de Anima Schmitt de Otero.

Capítulo I

Cinco corolarios a modo de introducción

1. El derecho como unidad de ordenamiento y asentamiento

En el derecho mítico, la *tierra* es denominada madre del derecho. Ello señala una raíz triple del derecho y de la justicia.

En primer lugar, la tierra fértil contiene en sí misma, en el seno de su fertilidad, una medida interna, pues el esfuerzo y el trabajo, la siembra y el cultivo que el hombre aplica a la tierra fértil son recompensados con justicia por ésta mediante el crecimiento y la cosecha. Todo campesino conoce la medida interna de esta justicia.

En segundo lugar, el suelo labrado y trabajado por el hombre muestra líneas fijas que hacen visibles determinadas divisiones, líneas que están surcadas y grabadas por los límites de los campos, praderas y bosques. En la diversidad de las vegas y campos, de la rotación del fruto y de los baldíos son plantadas y sembradas incluso estas líneas; en ellas se evidencian las medidas y reglas del cultivo según las cuales se desarrolla el trabajo del hombre en la tierra.

En tercer lugar, la tierra lleva sobre su superfice firme vallados y cercados, mojones de piedra, muros, casas y otras edificaciones. En ellos se revela la ordenación y el asentamiento de la convivencia humana. La familia, la estirpe, la casta y la posición, los tipos de propiedad y de vecindad, pero también las formas de poder y de dominio se hacen aquí públicamente visibles.

Así, la tierra está unida al derecho de manera triple. Lo contiene en sí misma como premio del trabajo; lo revela en sí misma como límite firme, y lo lleva sobre sí misma como signo

público del orden. El derecho es terrenal y vinculado a la tierra. Esto es lo que quiere decir el poeta cuando habla de la tierra omnijusta y dice: *iustissima tellus*.

El *mar* no conoce tal unidad evidente de espacio y derecho, de ordenación y asentamiento. Es cierto que las riquezas del mar —peces, perlas y otras cosas— también son recogidas por el hombre a base de trabajo y esfuerzos, pero no como los frutos de la tierra, de acuerdo con una medida interna de siembra y cosecha. En el mar tampoco pueden sembrarse campos ni grabarse líneas firmes.' Los barcos que cruzan los mares no dejan huellas. "Sobre las olas, todo es ola". El mar no posee un carácter en el sentido original de la palabra, que procede de la palabra griega *charassein:* grabar, rasgar, imprimir. El mar es libre. Esto significa, según el Derecho de Gentes moderno, que el mar no es territorio estatal y que ha de estar abierto a todos de la misma manera para tres aspectos muy distintos de la actividad humana, o sea la pesca, la navegación pacífica y la beligerancia. Así, al menos, puede leerse en los tratados del Derecho de Gentes. Puede imaginarse fácilmente en lo que se convierte en la práctica esta igualdad de derecho a la libre utilización del mar cuando se produce una colisión especial, es decir, cuando el derecho a la pesca libre, por ejemplo, o el derecho de un neutral a la navegación pacífica choca con el derecho de una gran potencia marítima a la beligerancia libre. En tal caso, un mismo espacio de mar, que es libre de igual forma para las tres cosas, ha de convertirse en un mismo momento en escenario y campo de acción tanto de unos trabajos pacíficos como de una actividad bélica en una moderna guerra marítima. En tal circunstancia, el pescador pacífico puede pescar pacíficamente en el mismo lugar en que la potencia marítima beligerante puede colocar sus minas, y el neutral puede navegar libremente en el mismo espacio en que los beligerantes pueden aniquilarse mutuamente con ayuda de minas, submarinos y aviones.

Esto ya se refiere, sin embargo, a problemas de una situación moderna complicada. En su sentido original, antes de la creación de grandes imperios marítimos, la frase acerca de la libertad de los mares expresa algo muy sencillo: que el mar es un campo libre para el libre botín. Aquí podría ejercer el pirata su nefasto oficio con buena conciencia. Si tenía suerte, podía conseguir un rico botín que representaba la recompensa por la peligrosa

aventura de haber navegado por el mar libre. La palabra *pirata* procede de la palabra griega *peiran*, o sea probar, intentar, osar. Ninguno de los héroes de Homero se hubiera avergonzado de ser hijo de un pirata audaz que prueba su suerte. En efecto, en el mar abierto no había cercados ni límites, no había lugares ni asentamiento sagrados, ni tampoco derecho o propiedad. Muchos pueblos permanecían en las montañas, alejados de la costa, por no haber perdido jamás el antiguo temor respetuoso al mar. Virgilio predice en la cuarta Egloga que en la futura época feliz ya no habrá navegación por el mar. Es más, en un libro santo de nuestra fe cristiana, en el Apocalipsis de San Juan, se dice acerca de la nueva tierra limpia de pecado donde ya no habrá mar: η θάλασσα ονχ εστιν ετι. Muchos juristas de pueblos continentales conocen igualmente este temor ante el mar. En algunos autores españoles e incluso portugueses del siglo XVI aún puede observarse esta tendencia. Un famoso jurista y humanista de aquella época, Alciato, afirma que la piratería es un crimen con circunstancias atenuantes. "Pirata minus delinquit, quia in mari delinquit". En el mar no rige ninguna ley.

Únicamente al surgir grandes imperios marítimos, o según la palabra griega, "talasocracias", también fueron establecidos en el mar la seguridad y el orden. Los perturbadores del orden así creado se convertían ahora en delincuentes comunes. El pirata era declarado enemigo del género humano, *hostis generis humani*. Ello significa que era proscrito y desterrado y declarado fuera de la ley y de la paz por los soberanos de los imperios marítimos. Tales extensiones del derecho al espacio del mar libre constituyen acontecimientos históricos universales de importancia trascendental, y los denominaremos "tomas del mar". Los asirios, los cretenses, los griegos, los cartagineses y los romanos han "tomado el mar", de este modo, en el Mediterráneo; los anseáticos en el Báltico, y los ingleses en los océanos. "The sea must be kept", el mar ha de ser tomado, según señala un autor inglés[1]. Sin embargo, las "tomas" del mar sólo se hacen posibles en una fase tardía de los medios humanos de poder y la conciencia humana del espacio.

Los grandes actos primitivos del derecho, en cambio, representan asentamientos sujetos a la tierra: "tomas" de la tierra,

[1] FULTON, *The Sovereignty of the Sea*, Londres, 1911.

fundaciones de ciudades y establecimientos de colonias. En una definición medieval de la *Etymología* de Isidro de Sevilla, que fue incorporada a la primera parte del famoso *Decretum Gratiani* (alrededor de 1150) se indica muy concretamente la naturaleza del Derecho de gentes: *Jus gentium est sedium occupatio, aedificatio, munitio, bella, captivitates, servitutes, postliminia, foedera pacis, induciae, legatorum non violandorum religio, connubia inter alienigenas prohibita.* Esto significa textualmente: el Derecho de Gentes es ocupación de tierra, edificación y fortificación de ciudades, guerra, cautiverio, servidumbre, regreso del cautiverio, alianzas y tratados de paz, armisticio, inviolabilidad de enviados y prohibiciones de casamiento con persona de raza foránea. Figura en primer lugar la toma de la tierra; el mar no es mencionado en absoluto. En el *Corpus Juris Justiniani* (por ejemplo, Dig. *de verborum significatione* 118) aparecen definiciones similares en las que se habla, refiriéndose a la naturaleza del Derecho de Gentes, de la guerra, de la diversidad de los pueblos, de los imperios y delimitaciones, y sobre todo del comercio y del tráfico. Valdría la pena comparar y analizar históricamente los distintos aspectos de tales definiciones; en todo caso, ello sería más razonable que la determinación abstracta de conceptos, convertidos en "normas", en los modernos tratados. Aquella enumeración medieval, en cambio, es explicativa aún hoy como la más concreta determinación de aquello que se denomina Derecho de Gentes. El hecho es que a las tomas de la tierra y las fundaciones de ciudades siempre va unida una primera medición y distribución del suelo aprovechable. De este modo, surge una primera medida que contiene en sí todas las ulteriores medidas, y que continúa perceptible mientras la constitución siga siendo perceptiblemente la misma. Todas las ulteriores relaciones jurídicas con el suelo del territorio dividido por la raza o pueblo que lo ha tomado, todas las instituciones de la ciudad protegida por una muralla o de una nueva colonia están determinadas a partir de esta medida primitiva, y todo juicio ontónomo que sea adecuado se origina en el suelo. Por ello, continuemos en primer lugar con el análisis de la toma de la tierra como acto primitivo que establece un derecho.

La toma de una tierra establece derecho en dos sentidos: hacia dentro y hacia fuera. Hacia dentro, es decir dentro del grupo que ocupa la tierra, se establece, con la primera división

y distribución del suelo, la primera ordenación de todas las condiciones de posesión y propiedad. La cuestión de si, a raíz de esta primera división de la tierra, surge una propiedad sólo pública o sólo privada, una propiedad colectiva o individual, o ambas cosas, la de si se procede a mediciones catastrales y se abren registros de las propiedad o no, es una cuestión posterior basada en diferenciaciones que ya presuponen el acto de la toma común de la tierra y sólo se derivan del mismo. En la realidad histórica aparecen todas las posibilidades y combinaciones imaginables de títulos jurídicos y de propiedad. Pero aún en el caso de que la primera división de la tierra ya establezca una propiedad privada puramente individualista o una propiedad común del grupo, esta propiedad sigue sujeta a la toma conjunta de la tierra y se deriva jurídicamente del acto primitivo común. En este aspecto, toda ocupación de tierra crea siempre, en el sentido interno, una especie de *propiedad suprema* de la comunidad en su totalidad, aún cuando en la distribución posterior no se mantenga la propiedad puramente comunitaria y se reconozca una propiedad privada totalmente libre de la persona individual.

En el aspecto externo, el grupo que ocupa una tierra se enfrenta con otros grupos o potencias que toman o poseen una tierra. En este aspecto, la toma de la tierra representa en dos formas distintas un título basado en el Derecho de Gentes: puede ser que un trozo de tierra sea separado de un espacio que hasta entonces era considerado *libre*, es decir un espacio que en cuanto al derecho exterior del grupo que ocupa esa tierra no tenía señor o soberano reconocido, o bien puede ser que un trozo de tierra sea arrebatado al hasta entonces poseedor y señor de la misma y pase a ser propiedad del nuevo señor. No resulta difícil comprender que la adquisición de tierra que hasta entonces era libre y no dominada representa un problema jurídico distinto y más sencillo que la adquisición de suelo que anteriormente era propiedad reconocida de otros.

En todo caso, la toma de la tierra con efectos hacia dentro y hacia fuera es el primer título jurídico en el que se basa todo derecho ulterior. El derecho territorial y la prestación territorial, la guardia territorial y la reserva presuponen una ocupación de tierra. La toma de la tierra también es previa a la distinción entre derecho privado y derecho público; es más , crea las condiciones

previas para esta distinción. En consecuencia, la toma de la tierra tiene en el aspecto jurídico, por decirlo así, un carácter categórico. Kant lo ha expuesto con gran claridad en su *Filosofía del Derecho*. En la *Rechtslehre*, parte II, observ. gral. B acerca del párrafo 49, habla del *dominio sobre la tierra* ("Landesherrschaft") o —término que considera más adecuado— de la *propiedad suprema del suelo* ("Obereigentum am Boden") y considera esta propiedad suprema como "condición suprema para la posibilidad de una posesión y de todo derecho ulterior tanto público como privado". Desde luego, no desarrolla este pensamiento en un sentido histórico, sino como "idea meramente lógica de la asociación burguesa". Además, sus dos conceptos *propiedad suprema* y *dominio sobre la tierra* no me parecen muy convenientes para nuestro análisis por estar demasiado sujetos a la separación —que no se produce hasta más tarde— entre el Derecho público y el privado. Hoy día, la mayoría de los juristas interpretarán el concepto "Obereigentum", en un principio, sólo como propiedad (*dominium*) en un sentido meramente jurídico-privado, y en cambio el concepto "Landesherrschaft", sólo como poder y soberanía públicos (*imperium*) en un sentido meramente jurídico-público. Sin embargo, es importante aquí un enfoque doble:

En primer lugar, hemos de considerar la toma de la tierra como un hecho jurídico histórico, como gran acontecimiento histórico, y no como una mera construcción del pensamiento, aún cuando tales apoderamientos de tierra se hayan producido en la realidad histórica de un modo algo tumultuoso, y el derecho sobre la tierra haya surgido a veces a raíz de migraciones torrenciales de pueblos y expediciones de conquista, y otras veces a raíz de la defensa afortunada de un territorio frente a extraños. Y en segundo lugar, hemos de tener en cuenta que este acto de la toma de la tierra, que es fundamental hacia dentro y hacia fuera, también precede a la distinción entre derecho público y derecho privado, entre señorío y propiedad privada, entre *imperium* y *dominium*. Así, la toma de la tierra representa para nosotros hacia fuera (frente a otros pueblos) y hacia dentro (en cuanto a la ordenación del suelo y de la propiedad dentro de un territorio) el tipo primitivo de un acto constitutivo jurídico. La toma de la tierra crea el título jurídico más radical que existe, el *radical title* en el sentido pleno y amplio de la palabra.

Esta causa primitiva que representa el suelo, en la que se basa todo derecho y en la que convergen el espacio y el derecho, la ordenación y el asentamiento, ha sido advertida perfectamente por los grandes filósofos del Derecho. El primer derecho, según dice G. Vico, les fue dado a los hombres por los héroes en forma de las primeras leyes agrarias. Para Vico, la partición y la delimitación del suelo —la "divisione dei campi"— es, junto a la religión, el matrimonio y el asilo, uno de los cuatro elementos primitivos de todo derecho humano y de toda historia humana. Pero para no dar la impresión de que aquí sólo se trata de antigüedades mitológicas del Derecho, citaré a dos autores más recientes, más modernos, de los siglos XVII y XVIII: John Locke e Immanuel Kant. De acuerdo con Locke, la esencia del poder político es, en primer término, la jurisdicción sobre la tierra. Bajo jurisdicción comprende Locke, según el uso medieval de la lengua, la soberanía y el dominio en general. La toma de posesión de un terreno es para él la sumisión a aquél bajo cuya jurisdicción se halla el suelo. El dominio es, en primer lugar, dominio sobre el territorio únicamente, y sólo como consecuencia de ello dominio sobre los hombres que viven en ese territorio[2]. Aquí aún pueden observarse, incluso en la formulación filosófico-jurídica puramente teorética, los efectos posteriores de la ocupación de tierra inglesa por los normandos bajo Guillermo el Conquistador (1066). El inglés Locke, que con frecuencia es calificado de racionalista moderno, en realidad aún está arraigado profundamente en la tradición del Derecho feudal del suelo de la Edad Media, que fue derivado de aquel acto, constitutivo de derecho, de la ocupación de tierra en el año 1066[3]. Pero también la *Rechtslehre*, de Kant, según lo demuestra su teoría antes mencionada de la propiedad suprema del suelo,

[2] Locke, *Civil Government*, II, párr. 12: "Government has a direct jurisdiction only over the land".

[3] La prueba de que la filosofía de Locke, presuntamente tan "racionalista", está determinada, en un pragmatismo típicamente inglés, por la tradición feudal ha sido aportada de manera sugestiva por Emil Roos en su disertación científico-jurídica *Naturzustand und Vertrag in der Staatsphilosophie Lockes*, Berlín, 1943. El estudio detallado de Walter Hamel *Das Wesen des Staatsgebietes*, Berlín, 1933, que tiene gran mérito por el amplio material histórico elaborado en él, es en algunos conceptos demasiado minucioso y tiene el inconveniente de hablar únicamente de conceptos "reales" y "materiales" en lugar de "espaciales". No se refiere en absoluto a la historia del principio de territorialidad en el Derecho internacional privado y el Derecho penal; no analiza la teoría del territorio de Locke.

parte —con radicalidad filosófica— de la idea de que toda propiedad y todo ordenamiento jurídico están condicionados por el suelo y se derivan de una adquisición originaria del suelo de todo el globo terrestre. Kant dice textualmente: "La primera adquisición de una cosa no puede ser otra que la del suelo"[4]. Esta "ley divisoria —según la denomina él— de lo mío y lo tuyo en el suelo" no es, naturalmente, una ley positiva en el sentido de codificaciones estatales posteriores o del sistema de legalidad de una constitución estatal posterior, sino que es y seguirá siendo la verdadera esencia de un acontecer histórico y político muy concreto, es decir la toma de la tierra.

La historia de todo pueblo que se ha hecho sedentario, de toda comunidad y de todo imperio se inicia, pues, en cualquier forma con el acto constitutivo de una toma de la tierra. Ello también es válido en cuanto al comienzo de cualquier época histórica. la ocupación de la tierra precede no sólo lógicamente, sino también históricamente a la ordenación que luego le seguirá. Contiene así el orden inicial del espacio, el origen de toda ordenación concreta posterior y de todo derecho ulterior. La toma de la tierra es el arraigar en el mundo material de la historia. De este *radical title* se derivan todas las relaciones ulteriores de posesión y propiedad: propiedad comunitaria o individual, formas de posesión y utilización según el Derecho público o el privado, el Derecho social y el Derecho de Gentes. De este origen se *nutren* —por utilizar la palabra que emplea Heráclito— todo derecho ulterior y todos los preceptos y órdenes que posteriormente sean dictados.

La historia del Derecho de Gentes también es una historia de tomas de la tierra, a las que se añaden en determinadas épocas las *tomas del mar*. El nomos de la tierra consiste entonces en una determina relación entre tierra firme y mar libre. Ambos, la tierra firme y el mar libre, son modificados hoy de la manera más profunda, cada uno por su parte y ambos en su relación recíproca, por un nuevo fenómeno del espacio: la posibilidad de un *dominio en el espacio aéreo*. No sólo se modifican las dimensiones de la soberanía territorial, por tanto, también la relación en protección y obediencia, y no sólo la eficacia y la rapidez de los medios humanos de poder, tráfico y comunicación, sino también el contenido de la *efectividad*. Esta siempre posee un aspecto especial y será siempre un concepto de importancia para el Derecho de Gentes, tanto en lo que se refiere a apoderamientos y ocupaciones de tierra como a barreras y bloqueos. Por encima de ello es modificada con ello la estructura del propio poder político y social y su relación con otras potencias. Así, pues, se inicia una nueva fase de conciencia humana del espacio y del orden global.

[4] *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, en "Die Metaphysik der Sitten", parte I, párr. 12 y 16: "Exposición del concepto de una adquisición originaria del suelo".

Todas las ordenaciones preglobales eran esencialmente *terrestres*, aún cuando comprendían a potencias marítimas y talasocracias. El mundo, terrestre en su origen, fue modificado en la época de los descubrimientos, cuando la conciencia global de pueblos europeos aprehendió y midió por primera vez la tierra. Con ello se produjo el primer *nomos* de la tierra, que consistía en una determinada relación entre la ordenación espacial de la tierra firme y la ordenación espacial del mar libre, y que fue durante cuatrocientos años la base de un Derecho de Gentes centrado en Europa: el *Ius publicum europaeum*. En aquella época, en el siglo XVI, fue Inglaterra la que se atrevió a dar el primer paso de una existencia terrestre a una existencia marítima. Un paso ulterior fue más tarde la revolución industrial, en cuyo transcurso volvió a ser aprehendida y medida la tierra. Es significativo que la revolución industrial partiera de aquel país que había emprendido el camino hacia una existencia marítima. Aquí reside el punto en el que podemos aproximarnos al secreto del nuevo *nomos* de la tierra. Hasta ahora, un solo autor se había acercado al *arcanum;* se trata de Hegel, cuya frase citamos al final de este corolario: "Lo mismo que para el principio de la vida familiar es condición la tierra firme y el suelo, para la industria es el elemento natural el mar, que le da vida hacia fuera".

Esta cita es de gran importancia para ulteriores pronósticos. Por de pronto, sin embargo, hemos de tener en cuenta una diferencia elemental. No es lo mismo si el andamio de un mundo industrializado y mecanizado que el hombre erige sobre la tierra con ayuda de la técnica, tiene como base una existencia terrestre o una existencia marítima. Sin embargo, hoy dia ya parece

imaginable que el espacio aéreo devore el mar y quizá aún la tierra, y que los hombres transformen a su planeta en una combinación de depósito de materias primas y portaaviones. Entonces serán trazadas nuevas líneas de amistad, más allá de la cuales caerán las bombas atómicas y de hidrógeno. A pesar de ello, aún mantenemos la esperanza de que se consiga descubrir el reino de los sentidos y que serán los pacíficos los que poseerán la tierra.

2. El derecho de gentes preglobal

Durante milenios, la humanidad tenía una visión mítica del mundo, pero no poseía ninguna experiencia científica en cuanto a la tierra en su totalidad. No existía la imaginación de un planeta que estuviera sometido a la medición y distribución humana y que fuera común a todos los hombres y pueblos. Faltaba toda conciencia global en este sentido, y por tanto también toda meta política centrada sobre el planeta común. Tampoco podía existir un *Ius gentium* que abarcara la tierra y la humanidad. Cuando se habla de un *Ius gentium* en relación con esa época, no se trata, ya por razones de la estructura espacial distinta, de aquello que más tarde, después de surgir las concepciones planetarias y globales, se denominaría derecho de los pueblos, *Ius gentium*, Derecho de Gentes o Derecho Internacional. Podemos dejar aparte aquí las generalizaciones filosóficas de la época helénica que convierten la *polis* en una *kosmopolis*; estaban faltas de *topos*, es decir de asentamiento, y por lo tanto no constituían una ordenación concreta[5].

[5] En el capítulo sobre la libertad de los mares (págs. 202 y siguientes) nos referiremos a la relación con la moderna utopía. la palabra griega *topos* ha adoptado en el transcurso del tiempo el significado de *locus communis*. Sirve hoy día para designar banalidades generales y abstractas como tales. Pero incluso semejantes lugares comunes se vuelven concretos y adquieren vida si se tiene en cuenta su sentido espacial: la teoría de los *topoi* fue desarrollada por Aristóteles, o sea como parte de la Retórica. Esta es, por su parte, según muestra la excelente tesis de EUG. THIONVILLE, *De la théorie des lieux communs*, París 1855, un *pendant*, una antiestrofa de la Dialéctica. Es la dialéctica de la plaza pública, de la *agora*, en contraposición a la dialéctica del liceo y de la academia. Lo que un individuo puede decir al otro sólo es discutible, plausible o convincente en el marco adecuado y en el lugar adecuado. Así, todavía existen hoy *topoi* imprescindibles del púlpito y de la cátedra, del tribunal y de la reunión electoral, de las conferencias y congresos, del cine y de la radio. Todo análisis sociológico de estos lugares distintos debería comenzar con una exposición de sus *topoi* diferentes.

Naturalmente, la tierra, si la contemplamos desde nuestro horizonte actual, siempre ha estado dividida de alguna manera, aunque los hombres no fueran conscientes de ello. Pero esto no era una ordenación espacial de la tierra en su totalidad, no era un *nomos* de la tierra en el sentido verdadero de la palabras *nomos y tierra*. Las diferentes formaciones grandes de poder —imperios egipcios, asiáticos y helénicos, el imperio romano, quizá también imperios negros en Africa e imperios de los Incas en América— estaban relacionadas de algún modo entre sí y no estaban aisladas, pero a sus relaciones les faltaba el carácter global. Cada no de estos imperios se consideraba como el *mundo*, al menos la tierra habitada por hombres, o como el centro del mundo, el *kosmos*, la *casa*, y consideraba aquella parte de la tierra que existía fuera de este mundo como algo poco interesante o como una curiosidad extraña, en tanto no pareciera amenazadora, y como una caos maligno cuando parecía amenazadora, pero en todo caso como un espacio "libre" y sin soberano que estaba abierto a la conquista, la adquisición de tierras y la colonización. Sin embargo, la realidad no era como la describen los tratados del siglo XIX y como lo afirma, con referencia a los romanos, incluso el eminente historiador de la época romana Theodor Mommsen, o sea que los pueblos antiguos hayan convivido en una enemistad "natural", que cada forastero fuera un enemigo y cada guerra una guerra de aniquilación, que todo país no aliado fuera un país enemigo mientras no estuviera concertado con él un expreso tratado de amistad, ya que en aquel entonces aún no existía un Derecho de Gentes en el sentido moderno, humano y civilizado. Tales afirmaciones se explican por la presunción del siglo XIX y sus ilusiones de civilización, que han hallado entre tanto su verificación por las guerras mundiales del siglo XX.

Frente a aquellas aseveraciones inexactas se ha impuesto la convicción, históricamente acertada, de que precisamente el Derecho romano y su *praxis*, del Derecho de Gentes conocía una gran diversidad de guerras, alianzas y tratados (*foedus aequum*

y foedus iniquum) y de forasteros[6]. Ante todo, el Derecho romano fue capaz de distinguir entre el enemigo, el *hostis*, y el pirata o criminal. *Hostes hi sunt, qui nobis aut quibus nos publice bellum decrevimus: ceteri latrones aut praedones sunt.* Así reza la frase, innumerables veces citada, de Pomponio en los digestos *De verborum significatione* 118. Sin embargo, la capacidad de reconocer a un *iustus hostis* es el principio de todo Derecho de Gentes. Por lo tanto, existe efectivamente un Derecho de Gentes del período de la visión preglobal del mundo. Pero sus concepciones del mundo y de los pueblos permanecían en lo mítico y no resistieron a la ilustración geográfica y a las mediciones científicas de acuerdo con la visión global del mundo que surgió después del siglo xvi. La *tierra* o el *mundo* era concebido como un círculo , un *orbis*, y ha de tenerse en cuenta que la palabra *orbis*, que admite varias interpretaciones, podía referirse tanto a un disco, es decir a una superficie circular, como también a un globo[7]. Sus límites estaban determinados por concepciones míticas como el océano, la serpiente de Midgard o las columnas de Hércules. Su protección política consistía en medidas aislantes de defensa, como fortificaciones fronterizas, una *gran muralla*, un *limes*, o (según el Derecho islámico) en la idea de la casa de la paz[8], fuera de la cual hay guerra. El sentido de tales límites era el de separar un orden protegido de un desorden sin paz, un cosmos de un caos, una casa de una no-casa, un recinto de un desierto. Significaban, por lo tanto, una separación según el Derecho de Gentes, mientras que en los siglos xviii y xix, por ejemplo, la frontera entre dos Estados continentales, de acuerdo con el moderno Derecho europeo de Gentes, no implica una exclusión, sino un reconocimiento mutuo, sobre todo el reconocimiento de que el suelo del vecino al otro lado de la frontera no carece de dueño.

Entre los imperios han existido en todos los tiempos relaciones mutuas, negociaciones de todo tipo y conexiones de índole amistosa y enemistosa, misiones, tratados comerciales, salvoconductos, alianzas, guerras, armisticios y tratados de paz, relaciones familiares, derecho de asilo, extradiciones, rehenes. Había *commercium* y con frecuencia incluso *connubium*, al menos entre las familias y capas gobernantes. El primer tratado de paz, amistad y alianza que ha quedado conservado, en las formulaciones por escrito de ambas partes contratantes, data del año 1279 *antes* de nuestra era: es el tratado, citado con frecuencia, entre el rey egipcio Ramsés II y el rey de los hititas Chattusil. Este tratado contiene disposiciones acerca de la ayuda recíproca en la defensa contra enemigos de fuera y de dentro, la entrega de fugitivos y emigrantes, así como amnistías. Se ha hecho famoso como modelo de un tratado de Derecho de Gentes y representa al propio tiempo un ejemplo de la fundación de una "hegemonía doble" de dos imperios. Hasta hace algún tiempo era corriente en Europa el criterio de que un movimiento diplomático formal y el arte de una política exterior bien pensada con el fin de establecer un equilibrio entre varias potencias no surgió hasta los siglos xv y xvi de nuestra era, es decir, en Italia, como un producto muy moderno del Renacimiento. Hoy, esta opinión es considerada por los conocedores de la historia egipcia como una "ilusión" y aquellas negociaciones, alianzas, tratados comerciales, casamientos políticos, correspondencia y sistema de archivos de los faraones, los reyes de Babilonia y Asiria, de Mitanni y Khatti en los siglos xiv y xv antes de nuestra era son, según creen ahora algunos historiadores, el prototipo de relaciones de Derecho de Gentes[9]. Asimismo, las relaciones políticas y económicas entre las estructuras de poder griegas, helénicas, judaicas, indias, árabes, mongólicas, bizantinas y otras han sido con frecuencia objeto de estudios interesantes. No obstante, todo ello sólo era Derecho de Gentes, *Ius gentium* o Derecho internacional en un sentido incompleto o indeterminado. No sólo

[6] En el trabajo de Alfred Heuss *Die völkerrechtlichen Grundlagen der römischen Aussenpolitik in republikanischer Zeit*, "Klio", suplemento XXXI (nueva serie 18), 1933, es rebatida la tesis de la enemistad natural y de la necesidad de un tratado de amistad.

[7] Joseph Vogt, *Orbis romanus*, Tubinga, 1929, págs. 14 y siguientes.

[8] Dar-el-Islam, en contraposición a dar-el-harb, la casa o territorio de la guerra. Véase Najib Armanasi, *Les principes islamiques et les rapports internationaux en temps de paix et de guerre*, París, 1929.

[9] El tratado de 1279 a. C. está publicado (en la traducción de Gardiner y Langdon) en el *Journal of Egyptian Archaeology*, tomo 6, páginas 132 y sig.; comp. además Korosec, *Hethitische Staatsverträge*, "Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien", tomo 60), págs. 64 y sig.; Roeder, *Ägypter und Hethiter*, pág. 36; A. Moret y G. Davy, *Des Clans aux Empires*, París, 1929, págs. 374 y sig. Comp. asimismo Meitgenberg, *Zeitschrift für Völkerrecht*, XXIII (1939), págs. 23 y sig., y XXVI (1944), pág. 377.

permanecía entonces todo, en especial la guerra, en cuanto a organización, en el nivel de las condiciones técnicas, económicas y de tráfico de aquellos tiempos, sino que todo se mantenía —y esto es lo decisivo— dentro del margen y horizonte de una visión del espacio no universal, no global, y de una tierra que aún no estaba medida científicamente.

Las grandes estructuras políticas de poder que surgieron en Oriente y occidente, en las regiones de alta cultura de la Antigüedad y de la Edad Media, representaban o civilizaciones puramente continentales, o bien fluviales (potámicas) o a lo sumo de mar interior (talásicas). El nomos de su orden espacial no estaba determinado por lo tanto, por la oposición entre tierra y mar como dos ordenaciones, según era el caso en el Derecho europeo de Gentes, y menos aún por la superación de esta oposición. Ello es aplicable tanto a los imperios del Asia Oriental y de las Indias como a los de Oriente hasta su nueva estructuración por el Islam, así como también al imperio de Alejandro el Magno, al imperio romano y al bizantino, al imperio franco de Carlomagno y al imperio romano de los reyes alemanes de la Edad Media y a todas sus relaciones mutuas[10]. En lo que respecta, sobre todo, al derecho feudal del Medievo europeo, éste era derecho del suelo en el sentido de una ordenación exclusivamente terrestre que no conocía el mar. Las concesiones papales de nuevas regiones para la actividad misionera comprendían los espacios de tierra y mar sin diferencia alguna. Los Papas reclamaban derechos sobre todas las islas (Sicilia, Cerdeña, Córcega, Inglaterra) pero se apoyaban para ello en la donación de Constantino y no en una división del mundo en tierra y mar. El contraste entre tierra y mar como contraste de ordenaciones del espacio distintas es un fenómeno de la época moderna que sólo domina la estructura del Derecho europeo de Gentes desde los siglos XVII y XVIII, o sea desde que se abrieron los océanos y se formó la primera imagen global de la tierra.

[10] "Según su situación, las regiones de elevada civilización de los hemisferios oriental y occidental eran esencialmente continentales o, a lo sumo, talásicas. En el Viejo Mundo se distribuyen, con excepción del Alto Norte y de los trópicos húmedos, por todas las regiones climáticas del bloque nordafricano-europeo de la tierra. Los dos grandes pilares meridionales de la fortaleza terráquea del Viejo Mundo, el África Negra y Australia, con las islas australiano-asiáticas, no albergaban altas civilizaciones originales; además, se encontraban, en su mayor parte, fuera de las zonas antigua de expansión y de formación espontánea de grandes espacios. Sin embargo, en el aspecto geográfico vegetal y climático los núcleos de la mayoría de las altas civilizaciones tienen algo en común: alcanzan desde regiones húmedas accesibles al cultivo en extensión, desde tierras originalmente forestales de la zona moderada, del área subtropical y de la región tropical y extra tropical del monzón hasta el borde de los grandes cinturones de estepas y desiertos. El mundo cultural oriental, en cambio, estaba emplazado en el Oeste del área seca del Viejo Mundo, y únicamente lo traspasó en sus expansiones coloniales. Las antiguas civilizaciones americanas parecen estar asimismo sujetas, en sus núcleos más primitivos —con excepción de la civilización maya—, a espacios secos, pero también, contrario al Oriente, a las mesetas altas más frías". (Heinrich Schmitthenner).

El derecho común surgido a raíz de tal división preglobal de la tierra no podía ser un sistema coherente y de amplio alcance, puesto que no podía representar una ordenación amplia del espacio. En un principio, hubo relaciones primitivas entre clanes, estirpes, razas, ciudades, partidos, asociaciones y contra-asociaciones de toda índole, que o bien se desarrollaban en una fase previa a la formación de un imperio, o tenían como motivo la lucha alrededor de la formación de un imperio (como en el suelo itálico hasta la formación del Imperio romano, o en el suelo germano-romano hasta la formación del Imperio franco). Tan pronto como se forman imperios, surgen relaciones de tres tipos: relaciones entre un imperio y otro, relaciones entre los pueblos dentro de un imperio, y relaciones entre un imperio y determinadas razas y pueblos, como entre el Imperio romano y las razas migratorias, con las que se concertaban alianzas y a las que se cedían territorios imperiales.

El Derecho de Gentes practicado entre los imperios en los tiempos preglobales contiene algunos elementos jurídicos importantes respecto a la guerra y la paz. pero a pesar de tales inicios, no pudo superar la falta de una concepción universal de la tierra. Tuvo que permanecer rudimentario aún cuando desarrollara formas sólidas y costumbres reconocidas en relación con el derecho de embajada, con alianzas y tratados de paz, con el derecho de extranjeros y de asilo. No era fácil que un Derecho de Gentes entre los imperios llegara hasta el extremo de establecer una acotación firme de la guerra, es decir, un reconocimiento del otro imperio como *Iustus hostis*. En consecuencia, las guerras entre tales imperios eran libradas como guerras de destrucción hasta que fue desarrollándose otra medida. El derecho entre los pueblos dentro de un imperio, en cambio, estaba determinado por la pertenencia común al *orbis* de ese mismo

imperio. También forma parte del *orbis* el suelo de federados autónomos (*foederati*). Por el contrario, aún los pueblos totalmente esclavizados, es decir, desposeídos de todo su suelo, podían llevar, en cierto modo, una vida de acuerdo con el Derecho de Gentes. Lo demuestra (desde el extremo negativo y por tanto más claramente) la declaración anual de guerra, habitual en Esparta, de los éforos a los hilotas, o sea a los vencidos y subyugados que habían perdido sus tierras. El concepto de una coexistencia entre imperios auténticos, es decir, grandes territorios independientes dentro de un espacio común, carecía de toda fuerza ordenadora puesto que no existía el concepto de una ordenación común del espacio que abarcara toda la tierra.

3. Observaciones acerca del Derecho de Gentes de la Edad Media cristiana

El imperio en la Europa cristiana de la Edad Media merece en esta relación una breve mención especial. Representaba una ordenación preglobal del espacio, pero, sin embargo, proveyó, según veremos más adelante, el único título jurídico para la transición hacia una primera ordenación global del Derecho de Gentes. El llamado Derecho de Gentes moderno, es decir. el Derecho de Gentes interestatal europeo del período de los siglos XVI AL XX, surgió de la disolución de la ordenación medieval del espacio basada en el imperio y el papado. Sin un conocimiento de los efectos ulteriores de esta ordenación medieval cristiana del espacio no es posible comprender en su sentido histórico-jurídico el Derecho de Gentes interestatal que surgió de aquella ordenación.

El Derecho de Gentes de la Edad Media europea cristiana es citado y valorado hoy día, en las discusiones de aspectos fundamentales de la ciencia del Derecho de Gentes, sobre todo de la cuestión de la guerra justa, de un modo extraño y contradictorio. Esto no sólo es el caso respecto a aquellos eruditos que siguen el sistema y los métodos de la filosofía tomista, y en los que es comprensible la referencia a definiciones escolásticas. También es cierto en cuanto a numerosas argumentaciones y construcciones en las que, por ejemplo, teóricos de la Sociedad de Naciones de Ginebra y juristas y estadistas norteamericanos se esfuerzan en hacer referencia a doctrinas medievales, sobre todo relativas a la guerra justa, y aprovecharlas para los fines de su imagen del mundo. Hablaremos más adelante acerca de esta aplicación de las teorías de la guerra justa, en especial en relación con la teoría de VITORIA (págs. 108 y ss.). En todo caso, las circunstancias y las instituciones medievales son presentadas hoy de un modo extrañamente ambiguo, tan pronto como fantasmas de la anarquía feudal, tan pronto como ejemplo del orden moderno. Quizá sería útil analizar tales contradicciones en cuanto a sus causas y motivaciones más profundas, pero en este lugar no lo haremos detalladamente. Sin embargo, no puede dejarse simplemente de mencionar esta cuestión. En vista de la extraña confusión que reina en toda esta discusión, es preciso sobre todo distinguir con toda claridad entre la *anarquía* de la Edad Media y el *nihilismo* del siglo XX. La ordenación medieval de Europa fue seguramente muy anárquica, según he mencionado anteriormente, si se le aplican las medidas de una empresa moderna que funciona sin problemas, pero pese a todas las guerras y disputas no era nihilista mientras no había perdido su unidad fundamental de ordenación y asentamiento.

a) *La Respublica Christiana como ordenación del espacio*

La ordenación medieval surgió de los apoderamientos de tierra durante la transmigración de los pueblos. Muchas de estas ocupaciones de tierra, como por ejemplo las de los vándalos en España y Africa del Norte y las de los longobardos en Italia (568) se produjeron, sin consideración a la situación jurídica del Imperio romano, simplemente como conquistas con ocupación de las tierras de los antiguos propietarios. Por lo tanto, quebraron el orden del Imperio que hasta entonces había existido. Otras ocupaciones de tierras germanas, en cambio, como las de Odoacro, las de los ostrogodos y los borgoñones en suelo itálico y gálico, se desarrollaron dentro de la ordenación del espacio del Imperio romano, haciéndose conceder las razas migratorias territorios imperiales romanos por el emperador romano. En tal aspecto, la mayoría de las ocupaciones de tierra por razas germanas representan ejemplos de modificaciones territoriales en el margen de una ordenación existente y de un Derecho de Gentes dentro de un imperio. No se efectuaron como anexiones, sino en la forma de institución jurídica reconocida, de alojamien-

to militar, de la llamada *hospitalitas*. Desde Arcadio y Honorio ya existía el principio de que el propietario de la casa debía ceder una tercera parte de esa casa al *hospes* militar alojado en ella. En tales casos, la toma de la tierra era, jurídicamente, un *alojamiento* de soldados en terreno de un propietario romano, quien tenía que ceder, según cuotas determinadas, parte de su casa, jardín, campos, bosques y otras tierras al germano alojado. Así, Odoacro exigía para sus hombres una tercera parte. Más tarde, los ostrogodos vendrían a ocupar ese tercio que le había sido cedido a Odoacro. Un ejemplo muy conocido de esta forma de toma de la tierra, que ha sido expuesto detalladamente, es la creación del imperio borgoñés[11]. Al ser repartida la tierra entre el ocupante germano y el propietario romano del suelo, surgieron a raíz de la convivencia de razas y pueblos nuevas naciones y nuevas unidades políticas, y con ello un nuevo Derecho europeo de Gentes.

La amplia unidad basada en el Derecho de Gentes de la Edad Media europea era denominada *Respublica Christiana* y *Populus Christianus*. Tenía asentamientos y ordenaciones claras. Su nomos está determinado por las siguientes disposiciones: el suelo de pueblos paganos, no cristianos, es territorio abierto a la misión cristiana; puede ser adjudicado a un soberano cristiano, por encargo papal, para desempeñar la misión cristina. la continuidad con el Imperio romano que caracterizó al Imperio bizantino constituye un problema separado del Derecho de Gentes, pero prácticamente sólo se refiere a los Balcanes y al Oriente. El suelo de los imperios islámicos era considerado como territorio enemigo que podía ser conquistado y anexionado por medio de cruzadas. Tales guerras no sólo tiene *eo ipso* una causa justa, sino que representan, si son declaradas por el Papa, guerras sagradas[12].

[11] KARL BINDING, *Das burgundische*, 1868; otros ejemplos en la monografía de ERNST TH. GAUPP —rica de contenido y hasta el momento única— acerca de los apoderamientos de tierra germanos durante la transmigración de los pueblos, *Die germanischen Ansiedlungen und Landtheitlungen in den Provinzen des römischen Westreiches*, Breslau, 1844; comp. corolario 5, pág. 62.

[12] Las expediciones bélicas de los peregrinos que iban armados a Jerusalén —*cum armis jherusalem peregrinati sunt*— probablemente pueden sor llamadas guerras santas, pero, sin embargo, la teología moral de hoy es muy crítica con respecto a esta expresión. CHARLES JOURNET, *L'Eglise du Verbe Incarné*, París, 1943, dedica a esta cuestión un capítulo especial titulado *La guerre sainte et la croisade*. Este autor opina que sólo pudo haber guerras sagradas, en el sentido cristiano, en un *chrétienté de type sacral*, en la que las atribuciones canónicas y las no-canónicas del clero no eran distinguidas rigurosamente. Según Journet, la guerra santa pura, es decir una guerra librada en virtud de atribuciones canónicas del Papa es imposible. *L'Eglise comme telle ne fait pas la guerre*. Pero las guerras fomentadas y aprobadas por la Iglesia podrían sr denominadas *guerras justas*. Sin embargo, Journet también es muy severo en este aspecto. Señala que si se tomara en serio la determinación del concepto de guerra justa establecida por SANTO TOMÁS DE AQUINO (*Summa Theologica*, II, IIq. 40, a 1 y 3), se podrían contar por los dedos las guerras *verdadera* y *totalmente justas*: El cristiano, como tal, *en tant que chrétien*, no libra guerras. Sólo puede hacerlo *en chrétien*. La distinción entre *en tant que chrétien* y *en chrétien* es muy sagaz. Pero no estoy muy seguro de si ya era habitual para San Luis.

El suelo de los propios soberanos y pueblos cristianos europeos se halla dividido, según el derecho del suelo de la época, entre casas regias y coronas, iglesias, conventos y fundadores, soberanos, castillos, marcas, ciudades, comunidades y universidades de distinto tipo. Lo esencial es que, dentro del territorio cristiano, las guerras entre soberanos cristianos son guerras acotadas, que se diferencian de las guerras contra soberanos y pueblos no cristianos. Las guerras internas, acotadas, no interrumpen la unidad de la *Respublica Christiana*. Son contiendas en el sentido de reclamaciones de derechos, realizaciones de derechos o ejercicio de un derecho de resistencia y se desarrollan en el margen de la misma ordenación general que abarca a ambas partes combatientes. Ello significa que estas guerras no suspenden o niegan esta ordenación general. Por lo tanto, no sólo admiten una valoración teológico-moral y jurídica de la cuestión de si son justas o no justas, sino la hacen absolutamente necesaria. Sin embargo, no debe olvidarse en este aspecto que tales valoraciones teológico-morales y jurídicas únicamente extraen su fuerza de instituciones concretas y no de sí mismas. Sobre todo, la *paz* no es un concepto general normativista separado del espacio, sino está siempre emplazada concretamente como paz del imperio, paz del territorio, paz de la iglesia, paz de la ciudad, paz del castillo, paz de la marca, paz de la asamblea tribual.

b) *El imperio cristiano como barrera contra el anticristo (kat-echon)*

En esta unidad de la *Respublica Christiana*, el Imperio y el sacerdocio representaban sus formas adecuadas de ordenación, y el Emperador y el Papa eran sus portadores visibles. El enlazamiento con Roma significaba una continuación de las orienta-

ciones antiguas a través de la fe cristiana[13]. En consecuencia, la historia de la Edad Media es la historia de una lucha *en torno* a Roma, no la de una lucha contra Roma. La estructura militar de la expedición a Roma corresponde a la constitución del reino alemán[14]. En la concreta orientación hacia Roma, y no en normas e ideas generales, reside la continuidad que enlaza el Derecho medieval de Gentes con el Imperio romano[15]. Lo fundamental de este imperio cristiano es el hecho de que no sea un imperio eterno, sino que tenga en cuenta su propio fin y el fin del eón presente, y a pesar de ello sea capaz de poseer fuerza histórica. El concepto decisivo de su continuidad, de gran poder histórico, es el de *Kat-echon*. Imperio significa en este contexto la fuerza histórica que es capaz de *detener* la aparición del anticristo y el fin del eón presente, una fuerza *qui tenet*, según las palabras de San Pablo Apóstol en la segunda Carta de los Tesalonicenses, capítulo 2. Es posible documentar esta idea del imperio, hasta el final de la Edad Media, por medio de numerosas citas de los Santos Padres, de declaraciones de monjes germanos de la época franca y otona —sobre todo del comentario de Haimo de Halberstadt acerca de la segunda Carta de los Tesalonicenses y de la carta de Adso a la reina Gerberga—, de manifestaciones de Otto Von Freising y otras pruebas. Incluso puede descubrirse aquí el signo de un período histórico. El imperio de la Edad

[13] Los ejemplos más extraordinarios de asentamientos históricos figuran en la historia de la *Roma aeterna*. Según un criterio defendido por autores renombrados (R. M. SCHULTES, *De ecclesia catholica*, París, 1925), el Papado está unido indisolublemente a Roma, o sea al *suelo de Roma*, y el suelo de Roma no puede desaparecer en tanto no haya llegado el fin de los tiempos. También Bellarmin considera legal y fácilmente indisoluble el asentamiento de la sucesión de San Pedro en Roma; jamás se encontrará Roma sin clero y sin pueblo creyente. CHARLES JOURNET analiza la cuestión en su obra antes citada, *L'Eglise du Verbe Incarné*, pág. 522, compartiendo el otro criterio según el cual el sucesor de San Pedro será siempre Obispo de Roma, sin consideración al lugar en que se resida realmente. Desde el ángulo de vista del asentamiento, también ofrece un nuevo aspecto el pasaje sobre el *título* en la obra de RUDOLF SOHM, *Kirchenrecht*, tomo 2, párrafo 28, págs. 284 y sig.

[14] Esto ha sido subrayado repetidamente por EUGEN ROSENSTOCK, p. e. en *Die europäischen Revolutionen*, Jena, 1931, pág. 69.

[15] La continuidad jurídica no debe ser buscada en coincidencias histórico-culturales e histórico-económicas (véase DOPSCH, *Das Kontinuitätsproblem*, Viena, 1938). La mayoría de los juristas italianos únicamente reconoce una continuidad de normas e ideas, como p. e., de forma típica, BALLADORE PALLIERI en su *Compendio de Derecho Internacional*, y como "herencia de la Antigüedad", BRUNO PARADISI, *Storia del Diritto Internazionale nel Medio Evo*, I, Milán, 1940.

Media cristiana perdura mientras permanece activa la idea del *Kat-echon*.

No creo que sea posible, para una fe originalmente cristiana, ninguna otra visión histórica que la del *Kat-echon*. La creencia de que una barrera retrasa el fin del mundo constituye el único puente que conduce de la paralización escatológica de todo acontecer humano a una fuerza histórica tan extraordinaria como la del imperio cristiano de los reyes germanos. La autoridad de los Santos Padres y de autores como Tertoliano, Jerónimo y Lactancio Firmiano, y la continuación cristiana de los presagios sibilinos llevan a la convicción de que únicamente el Imperio romano y su prolongación cristiana explican la persistencia del eón y su conservación frente al poder avasallador del mal. Esta luminosa creencia cristiana de los monjes germanos poseía una fuerza histórica extraordinaria, y quien no sea capaz de distinguir entre las frases de Haimo de Halberstadt o Adso y los turbios oráculos de *Pseudomethodius* o de la *Sibila* tiburtina sólo podrá comprender el imperio de la Edad Media cristiana a través de generalizaciones falseadoras y paralelos con fenómenos no cristianos de poder, pero no en su historicidad concreta.

En comparación con la teoría del *Kat-echon*, las construcciones políticas o jurídicas de la continuación del Imperio romano no son algo fundamental, sino son signo de la apostasía y la degeneración de la religiosidad en mito científico. Pueden ser muy distintas: traslaciones, sucesiones, consagraciones o renovaciones de todo tipo. pero también ellas tienen importancia porque significaban en el aspecto espiritual, frente a la destrucción de la religiosidad antigua por la deificación oriental y helénica de los gobernantes políticos y militares en la Antigüedad tardía, una salvación de la unidad antigua de asentamiento y ordenación. En la alta Edad Media habían de adaptarse, en cuanto a organización, a una ordenación del suelo señorial-feudal y a los compromisos personales de un sistema feudal de vasallaje, mientras que, a partir del siglo XIII, trataban de salvar una unidad que se desmembraba frente a un pluralismo de países, coronas, dinastías de príncipes y ciudades autónomas.

La unidad medieval de imperio y sacerdocio en la Europa occidental y central no fue nunca una concentración de poder en manos de una persona. Estaba basada desde el principio en la diferenciación entre *potestas* y *auctoritas* como dos líneas

distintas de orden dentro de la misma amplia unidad. las diferencias entre Emperador y Papa no son, por lo tanto, diferencias absolutas, sino únicamente *diversi ordines* en los que perdura el orden de la *Respublica Christiana*. El problema, implicado en ello, de la relación entre Iglesia e Imperio es fundamentalmente distinto del problema de la relación entre Iglesia y Estado que surgiría más tarde. *Estado* significa esencialmente la superación de la guerra civil religiosa, que sólo fue posible a partir del siglo XVI es decir, una superación lograda mediante la neutralización. En la Edad Media, las diferentes situaciones políticas e históricas fueron motivo de que también el Emperador reclamara la *auctoritas* y el Papa la *potestas*. Pero la tragedia no surgió hasta que —a partir del siglo XIII— la doctrina aristotélica de la *societas perfecta* fue utilizada para dividir a la Iglesia y al mundo en dos formas de sociedad perfecta. Un historiador auténtico, John Neville Figgis, ha interpretado acertadamente y ha expuesto esta diferencia decisiva[16]. La disputa medieval entre Emperador y Papa no es una disputa entre dos *societates*, tanto si se trata de sociedad como de comunidad; tampoco es un conflicto entre Iglesia y Estado a modo de un conflicto cultural bismarckiano o una laicización francesa del Estado; ni tampoco es, en último término, una guerra civil entre blancos y rojos en el sentido de una lucha socialista de clases. Todas las interpretaciones desde el ángulo de vista del Estado moderno son históricamente erróneas en este caso, pero también lo es cualquier adaptación, consciente o inconsciente, de las ideas unificadoras y centralizadoras que desde el Renacimiento, la Reforma y la Contrarreforma están vinculadas a la imagen de una unidad. Ni para un emperador que hacía instituir o destituir a un Papa en Roma, ni para un Papa que en Roma dejaba absuelto del juramento de lealtad a los vasallos de un emperador o un rey, era puesta en duda por ello en ningún momento la unidad de la *Respublica Christiana*.

El hecho de que no sólo el rey alemán, sino también otros reyes cristianos pudieron adoptar el título *imperator* y llamar

[16] **Además de los conocidos libros de JHON NEVILLE FIGGIS (*From Gerson to Grotius* y *Churches in the Modern State*), deseo citar aquí en especial su conferencia reproducida en el tomo V de las Translations of the Royal Historical Society, *Respublica Christiana*.**

imperio a su territorio, de que obtuvieron del Papa encargos de misiones y cruzadas, es decir, títulos jurídicos para la adquisición de tierras, no eliminó, sino por el contrario confirmó la unidad de la *Respublica Christiana* basada en asentamientos y ordenaciones seguras. Para la concepción cristiana del imperio, es, a mi parecer, de importancia que el cargo de emperador no signifique, en la creencia de la Edad Media cristiana, una posición absoluta de poder que absorbe o anula todos los demás cargos. Es una función del *Kat-echon* con tareas y misiones concretas, que se suma a un reino o una corona concreta, o sea, al dominio sobre un determinado país cristiano y su pueblo. Es la elevación de una corona, pero no una elevación en línea vertical y recta, es decir, no es un reinado sobre reyes, ni una corona de coronas, ni una extensión de un poder real, ni tampoco, como sucedería más tarde, una parte del poder de una Casa, sino un encargo que procede de una esfera completamente distinta de la dignidad del reino. El imperio es aquí algo que se añade a formaciones originarias, lo mismo que —y a raíz de la misma situación espiritual general— un lenguaje religioso sagrado del imperio se añade a las lenguas de otra esfera del país. Por lo tanto, el emperador también puede renunciar, como lo demuestra el *Ludus de antichristo* enlazando con la tradición dominada totalmente por Adso, con toda humildad y modestia a su corona imperial al término de una cruzada sin perder por ello su dignidad. Vuelve entonces de su elevada posición imperial a su posición natural y ya no es más que rey de un país.

c) *Imperio, cesarismo, tiranía*

Desde luego, los grandes pensadores teológicos y filosóficos también adaptaron sin dificultad su teoría del imperio a la teoría aristotélica de las *communitates perfectae* que iba ganando terreno desde el siglo XIII. Las comunidades perfectas y autárquicas (*communitates, civitates, societates*) son capaces de cumplir dentro de su ámbito su sentido y su fin, su meta y su principio interno, la vida bella y autárquica, el *bene sufficienterque vivere*. Si el imperio es tratado en esta relación, al igual que en la *Monarquía* de Dante, como la forma "más perfecta" de las comunidades humanas, no es interpretado en el sentido de una comunidad de índole similar al *regnum* y a la *civitas* autárquica, y aún más

perfecta, sino únicamente como una unidad trascendental de índole especial que establece la paz y la justicia entre las comunidades autárquicas y que sólo por este motivo es más elevada y más amplia.

En este contexto, tenemos razones esenciales para destacar con toda claridad la naturaleza de la unidad cristiana medieval y de su "poder supremo", pues aquí reside el antagonismo más profundo que existe entre el imperio cristiano de una *Respublica Christiana* y las renovaciones, reproducciones y representaciones medievales de conceptos paganos antiguos. Todas estas renovaciones prescinden del *Kat-echon* y, en consecuencia, sólo pueden hacer surgir un cesarismo en lugar de un imperio cristiano. El cesarismo, sin embargo, es una típica forma de poder no cristiano, aún cuando llegue a concertar concordatos. Como concepto y como problema consciente de la esfera espiritual, este cesarismo es un fenómeno moderno que no surge hasta la Revolución francesa de 1789 y pertenece históricamente a la época del gran paralelo entre la situación del primer cristianismo y la situación del siglo XIX; un paralelo que se inicia precisamente con la Revolución francesa, la cual suscita las palabras y conceptos —surgidos de ese gran paralelo— de cesarismo, guerra civil, dictadura y proletariado. Este gran paralelo, único y dominante, entre el presente y la época de transición que representa el comienzo de nuestra era no debe ser confundido con los demás paralelos históricos que abundan en los escritos de muchos historiadores y estadistas. Muchas variaciones de este gran paralelo han sido esbozadas por diferentes autores, desde Saint-Simon, Tocqueville, Proudhon, Bruno Bauer hasta Oswald Spengler.

El Imperio bonapartista fue el primer ejemplo más reciente y significativo de un cesarismo puro, es decir, separado de un reino y una corona real. Por ello, es "imperio" en un sentido muy distinto del que la palabra tenía en la Edad Media cristiana. Más agudo y más moderno se hizo el paralelo desde 1848 y el "imperio" de Napoleón III. Cualquier teólogo de los siglos IX a XIII hubiera apreciado la diferencia de estas imaginaciones cesaristas del emperador, pues todos los teólogos de la Edad Media cristiana sabían lo que significaba en el aspecto político-histórico la exclamación de los judíos antes de la crucifixión de Jesucristo: "No tenemos más rey que el césar" (San Juan 19, 15). Este conocimiento del sentido de la historia cristiana fue desapareciendo lentamente a partir del siglo XIII. Los grandes sistemas filosóficos también han eliminado aquí el sentido concreto de la historia y han sustituido las creaciones históricas de la lucha contra los paganos y los infieles por generalizaciones neutrales.

Desde que los reyes alemanes se crearon unos bienes alodiales, el imperio pasó a ser parte integrante de estos bienes alodiales. Con ello, dejó de ser una *elevación de una corona* basada en la misión del *Kat-echon*, es decir, una elevación de un reino cuyo fundamento es un país y su pueblo. A partir de los Luxemburgos y los Habsburgos, la corona imperial forma parte de una "Casa", pertenece a una familia dinástica; los bienes alodiales de esta Casa son una colección de coronas, derechos de propiedad, derechos de sucesión y aspiraciones, una colección entre la que figuraba asimismo la corona imperial romana, aunque ésta fuera "corona" en un sentido muy distinto al de la corona de San Luis, San Esteban o San Wenceslao. La corona real alemana, sin embargo, quedó privada así de su sustancia, es decir, del asentamiento espacial y territorial que es atribuible en tan alto grado a otras coronas de la Edad Media, en especial a la corona de San Esteban. El poderoso *Kat-echon* de la época franca, sajona y sálica se convirtió en un protector débil y puramente conservador. Asimismo, la adopción de conceptos del *Corpus Juris* tuvo un efecto destructivo y desorientador y no logró dar a Roma una nueva gloria. En las construcciones de los juristas del Derecho romano de los siglos XIV y XV ya está completamente olvidada la unión entre el imperio cristiano y el reino territorial, consagrada a la realización del *Kat-echon*. Bartolo y todos los demás juristas y publicistas italianos del siglo XIV ya no poseen conocimiento alguno de que el emperador tiene esta misión del *Kat-echon*, e incluso han olvidado el hecho histórico-jurídico de que no sólo es emperador romano, sino en primer lugar, frente a las ciudades del Norte y centro de Italia, el rey de Italia.

A través de la desaparición de tales conceptos espaciales ya se anuncia la disolución general de la ordenación medieval. Pero aún en la teoría de las *civitates superiorem nom recognoscentes* independientes quedaron conservados fuertes elementos de una amplia unidad representada por el emperador y el Papa. Sobre todo continuó siendo el emperador, aún en el siglo XIV, el conservador del derecho y de la libertad de aquellas *civitates* independientes. Todavía tenía la misión de eliminar a los enemigos del derecho y de la libertad de una *civitas*, en especial a un

tirano. La teoría del tirano en el *Policraticus* de Juan de Salisbury (1159) representa ya un documento de la fuerza política de una *postestas spiritualis* consciente de sí misma; ya falta casi totalmente la conciencia de la misión del *Kat-echon.* La teoría de los juristas y autores laicos de la Edad Media tardía (siglos XIII A XV) avanza aún más en esta dirección, ya que ahora una pluralidad de formaciones autárquicas reconocidas relativiza la unidad política de la *Respublica Christiana.* Desde luego, el tirano continúa siendo en la doctrina de esta época un enemigo de la humanidad, es decir, de una humanidad que ha hallado la expresión de su ordenación y asentamiento en el imperio y el sacerdocio. El tirano es, para el orden del país, el enemigo común, lo mismo que el pirata es, para el orden del mar, el enemigo de la raza humana. Del mismo modo que en otros tiempos, al surgir un imperio marítimo, el pirata se manifiesta en el ámbito del orden del mar como enemigo de la humanidad, el tirano es, por su ejercicio del poder, contrario al orden, dentro de una estructura que en sí es autárquica y autónoma, tanto el enemigo interno de esta estructura como también el enemigo del imperio en tanto que ordenación amplia del espacio. Tales conceptos universales y básicos del enemigo como *tirano* y *pirata* toman su sentido de la ordenación concreta de un imperio de acuerdo con el Derecho de Gentes y confirman la existencia del mismo mientras posean realidad histórica.

Desde luego, y según acabamos de señalar, es un signo de la disolución del imperio cristiano medieval el hecho de que (a partir del siglo XIII) se formen unidades políticas que se sustraen al imperio no sólo materialmente, sino también —y cada vez en mayor grado— jurídicamente, mientras tratan de relegar la *auctoritas* del sacerdocio a un terreno puramente espiritual. Esto es expresado por la fórmula, surgida en Francia, de las *civitates superiorem non recognoscentes.* Pero en relación con esta fórmula ha de tenerse en cuenta dos puntos: en primer lugar, existe el interrogante de quién es aquel "superior" que no es, o ya no es, reconocido; y en segundo lugar, es posible que la fórmula no tenga en ningún modo un sentido absoluto, sino que aún admita la existencia de instituciones y formas de proceder de una *potestas* o *auctoritas,* sin que ésta esté pensada, en una línea verticalmente ascendente, como caudillaje o aparezca como "instancia superior" en el sentido absolutista y decisionista de los siglos XVI Y XVII. Numerosos reyes, señores y ciudades se sustraen

al Imperio del rey alemán. Ello amenza, desde luego, la estructura de la ordenación general; pero ésta puede, no obstante, seguir existiendo y conservando divisiones decisivas del espacio —como el *status* distinto, según el Derecho de Gentes, del suelo europeo cristiano y del no-cristiano— y los tipos diferentes de enemigo y guerras, sobre todo las guerras entre cristianos y las demás guerras.

Contrario al rey alemán, otros reyes cristianos,sobre todo el de Francia que ostentaba el título de Rey Cristianísimo, trataron de ocupar, sin éxito decisivo, el lugar del imperio atribuyéndose el mando en la cruzada. Sería absurdo calificar esto de anti-imperio, pues no hay derechos adquiridos en cuanto a la misión del *Kat-echon.* Los reyes españoles se titulan *Imperator,* también en relación con una guerra santa contra el Islam, el enemigo de la cristiandad. No es posible interpretar todo ello ni con ideas antihistóricas "liberadas de Roma", ni con concepciones modernas, o sea centralistas y positivistas, relativas al Estado de fines del siglo XIX, Para las *civitates superiorem non recognoscentes,* el rey alemán continuó siendo como emperador —aunque prácticamente sólo como efecto ulterior de su posición de rey de Italia— hasta principios del siglo XIV el pacificador, el conciliador y el combatidor de tiranos. Aún cuando la *potestas* imperial se había convertido en la realidad en un mero nombre sin poder, la ordenación general amplia del Derecho de Gentes europeo medieval continuaba existiendo mientras la *auctoritas* del Papa era suficiente para encargar misiones y ordenar cruzadas y para conceder nuevos territorios para el ejercicio de la actividad misionera. Mientras se prolongaba esta situación, la división fundamental a raíz de la ordenación del espacio, la distinción entre el suelo de soberanos y pueblos cristianos y el de países no cristianos, la consiguiente acotación de las guerras, o sea la distinción entre varias clases de guerra, y con ello el orden concreto entre los pueblos, aún seguían conteniendo una porción de realidad histórica.

Fue una ordenación del espacio totalmente distinta la que puso fin al Derecho de Gentes medieval en Europa. Esta ordenación surgió con el *Estado* europeo centralizado, territorialmente cerrado, que era soberano frente al emperador y al Papa, pero también frente a cualquier vecino, y que tenía abierto un espacio libre ilimitado para adquisiciones de tierra en ultramar. Los nuevos títulos jurídicos, característicos de este nuevo Derecho

de Gentes, pero totalmente desconocidos a la Edad Media cristiana, son el *descubrimiento* y la *ocupación*. La nueva ordenación del espacio ya no está basada en un asentamiento seguro, sino en un "equilibrio". Hasta entonces también existían sobre el suelo europeo circunstancias tumultuosas de índole grave, "anarquía" en este sentido de la palabra, pero no había aquello que en los siglos XIX y XX se denominaría nihilismo. Si la palabra nihilismo no ha de convertirse también en un "slogan" vacío, es preciso tener conciencia de la negatividad específica por la cual alcanza su lugar histórico, su *topos*. Sólo entonces se hace evidente en qué se diferencia el nihilismo de los siglos XIX y XX de las circunstancias anárquicas de los tiempos de la Edad media cristiana, pues la correlación entre *utopía* y *nihilismo* revela que sólo una separación definitiva y fundamental entre ordenación y asentamiento puede ser denominada nihilismo en un sentido histórico específico.

4. Acerca del significado de la palabra "nomos"

La palabra griega para la primera medición en la que se basan todas las mediciones ulteriores, para la primera toma de la tierra como primera partición y división del espacio, para la partición y distribución primitiva es: *nomos*.

Esta palabra, comprendida en su sentido original referido al espacio, es la más adecuada para tomar conciencia del acontecimiento fundamental que significa el asentamiento y la ordenación. Deseo devolver a esta palabra su fuerza y magnitud primitiva, aún cuando haya perdido su sentido original en el transcurso de los tiempos, y ya en la Antigüedad, convirtiéndose finalmente en el calificativo general, insustancial, de cualquier regulación u ordenación normativista que haya sido establecida o dictada. Fue utilizada después para estatutos, disposiciones, medidas y decretos de todo tipo, de manera que finalmente, en nuestro siglo XX, la lucha contra el evidente uso impropio de disposiciones y medidas legales de una legalidad que ya era tan sólo estatal podrá presentarse como *nomomaquía*[17].

[17] El término "nomomaquía" procede de James Goldschmidt (*Juristische Wochenschrift*, 1924, pág. 245); véase Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, pág. 142.

a) *Nomos y ley*

Desde los sofistas, ya no se tiene perfecta conciencia de que *nomos* y toma de la tierra están relacionados. Para Platón, el *nomos* ya posee el sentido de un "schedon", una mera regla (*Politileos*, 294 B). Los "nomoi" de Platón ya tienen en cierta medida el carácter de plan utópico de la leyes modernas. Aristóteles distingue el orden concreto como totalidad, la *politeia* (traducida al alemán, en la mayoría de los casos, como "Staat" o "Verfassung") de los muchos *nomoi* individuales. Le reprocha a Platón que su libro titulado *Nomoi* trate principalmente de los "nomoi" casuales y demasiado poco de las "politeia" (*Política*, II, 3, 1265 A 2). El discípulo de Aristóteles, Teofrasto, de cuyos 24 libros "Nomoi" han quedado conservados fragmentos, sólo parece haber comprendido bajo ese concepto las numerosas regulaciones de las distintas "politein". Jenofonte ya había definido, en las *Memorabilias* (I, 2, 42-43) toda disposición por escrito del gobernante correspondiente como nomos, equiparando expresamente las resoluciones del pueblo (*psephismata*) al nomos.

Sin embargo, siempre puede percibirse, en todo caso en el propio Aristóteles, alguna faceta de la primitiva relación entre asentamiento y ordenación, en virtud de la cual el nomos aún es expresión y parte integrante de una *medición* concreta y referida esencialmente al espacio. Solón, por ejemplo, es para Aristóteles, de manera específica no justificable, el nomoteto que, lo mismo que Licurgo, creaba —mediante la partición de la tierra y la cancelación de deudas— simultáneamente nomoi y una politeia, mientras que Dracón únicamente emitía nomoi dentro de una politeia existente. El juramento solónico que prestaban los heliastas tenía (según Demóstenes) el sentido de que prometían juzgar de acuerdo con los nomoi, mientras que les quedaban prohibidas las particiones de tierras y las cancelaciones de deudas[18]. La famosa frase del nomos como soberano

[18] Es discutida la autenticidad del pasaje de Demóstenes, XXIV, 149-151; comp. Robert v. Pöhlmann, *Geschichte der sozialen Frage und des Sozialismus in der antiken Welt*, tercera edición, 1925, I, pág. 329, nota 5; Busolt-Swoboda, *Griechische Staatskunde*, pág. 1154, nota 2; Fr. Oertel, *Klassenkämpfe, Sozialum und organischer Staat im alten Griechenland*, Bonn, 1942, pág. 58, nota 65. En todo caso,' sin consideración a la cuestión de la autenticidad del pasaje de Demóstenes, sigue siendo reconocible la correlación entre el nomos y la toma de la tierra.

y el ideal de que el nomos, como tal, debería gobernar significa para Aristóteles algo muy distinto del criterio que hoy es corriente. Aristóteles dice que el nomos, en contraposición a la resolución democrática del pueblo (*psephisma*) debe ser normativo. Nomos significa, por lo tanto, en primer lugar algo opuesto a *psephisma*, y en segundo lugar, el dominio del nomos es para Aristóteles idéntico al dominio sobre una propiedad mediana, bien distribuida del suelo. El dominio del nomos significa en este sentido el dominio de clases medias en contraposición al dominio de los más acaudalados, por un lado, y al dominio de la masa de los pobres, por otro. Es preciso leer con exactitud precisamente estos párrafos de la *Política* de Aristóteles (IV, c. 4, 1290a hasta 1292b) para percibir la diferencia frente a las ideologías modernas del "dominio de las leyes". En estos pasajes de Aristóteles el nomos aún es claramente visible como distribución original del suelo.

El sentido primitivo del nomos, su procedencia de la toma de la tierra aún es, pues, perceptible. La anulación del sentido primitivo es originada por una serie de distinciones y antítesis. Entre éstas, la más importante es la contraposición de nomos y fisis, en virtud de la cual el nomos se convierte en un Deber impuesto, que se separa del Ser y se afirma frente al mismo. Como mera norma y disposición, el nomos ya no podía distinguirse ahora del *tesmos*, *psephisma* o *rhema*[19] y otras denominaciones, cuyo contenido no era la medida interna de la ordenación concreta y del asentamiento, sino únicamente preceptos y disposiciones, hasta que finalmente —cuando más centralistas, más intensivas— ya no significaban más que la implantación legal de disposiciones con posibilidad de imponer la obediencia.

Si vuelvo a utilizar, frente a ello, la palabra *nomos* en su sentido primitivo, no lo hago para dar una nueva vida artificial a mitos muertos o para conjurar sombras vacías. La palabra nomos es aplicable para nosotros porque tiene la propiedad de proteger conocimientos que surgen de la problemática mundial

[19] En el dístico dedicado a Leónidas y los combatientes de las Termópilas se dice: *rhemasi peithomenoi*, obedientes a las órdenes (o sea de los éforos). Esto se convirtió más tarde en: *nominois peithomenoi*. Cicerón tradujo: *legibus obsequimur*, y Schiller: *wie das Gesetz es befahl*, Véase en esta relación el pequeño ensayo importante de Hans Schaefer en la revista *Wandlung*, año III, cuad. 6, 1948.

actual contra un enredo positivista legal, sobre todo contra la confusión con palabras y conceptos de la ciencia jurídica intraestatal del siglo XIX. Es necesario, para ello, recordar el sentido original y la correlación con la primera toma de la tierra. El nomos venidero de la tierra no será un redescubrimiento de instituciones primitivas, pero tampoco debe ser confundido, por otro lado, con el sistema normativo de la legalidad y las legalizaciones del siglo pasado. A pesar de la modificación de la forma de pensamiento y expresión que ya se inició en la época clásica, siempre ha sido perceptible que la palabra nomos no indicaba originalmente, en modo alguno, una mera disposición en la que pudiera separarse el Ser y el Deber y dejar de tenerse en cuenta la estructura espacial de una ordenación concreta. Esta utilización ulterior forma parte, más bien, del lenguaje usado en una época decadente, que ya no era capaz de establecer el enlace con su origen y comienzo y que no distinguía el derecho fundamental, como ordenación y asentamiento concretos, de la diversas disposiciones, reglamentos, órdenes, medidas y preceptos que trae consigo la dirección y el gobierno de una comunidad. Potentados póstumos de cuño helenista y cesarista —que ya no constituyen nada, sino únicamente dirigen— se instalan en los restos aún existentes de antiguas ordenaciones, de las cuales se sirven para conseguir adhesión y obediencia.

Para no perder la conexión decisiva entre asentamiento y ordenación es más acertado, por lo tanto, *no* interpretar en alemán el nomos como *Gesetz* o "Regelung" o "Norm" o cualquier término similar. Respeto, desde luego, los esfuerzos de Wilhelm Stapel y Hans Bogner, quienes han dado al nomos el significado de "ley de vida", pero me desagrada, además de la palabra "vida", que ya entra en el terreno biológico, la otra palabra "ley", que en esta relación ha de evitarse en todo caso.

La aclaración de la palabra "Gesetz" es especialmente difícil en el idioma alemán. La lengua alemana actual es en amplia medida lengua de teólogos (como lengua de la traducción luterana de la Biblia) y al propio tiempo lenguaje de artesanos y técnicos (según señaló Leibniz). Contrario al francés, el alemán no es un idioma de juristas y moralistas. Conoce un significado elevado e incluso sublime de la palabra *Gesetz*. Los poetas y los filósofos le tiene cariño a esta palabra, que ha obtenido, a raíz de la traducción de la Biblia por Lutero, un sonido sagrado y una

fuerza especial. De esta fuente se nutren aún los *Urworte orphisch*, de Goethe: "Nach dem Gesetz, nach dem du angetreten". No obstante, la palabra alemana "Gesetz", a diferencia de la palabra "nomos", no es una palabra primitiva. Ni siquiera es una palabra muy antigua del lenguaje literario alemán. Está profundamente vinculada con las oposiciones teológicas entre ley (judaica) y gracia (cristiana) entre ley (judaica) y Evangelio (cristiano) y en último término, ha tenido la mala fortuna de perder, precisamente con los juristas que deberían haber conservado su carácter sagrado, sus posibilidades de tener un sentido sustancial. En la situación mundial actual sólo expresa ya el carácter artificial de lo que es *dispuesto* y *debido* de forma puramente positivista, es decir la mera voluntad de conseguir o —en la forma sociológica de expresión de Max Weber— la voluntad de realizar una posibilidad de forzamiento.

Nomos, en cambio, procede de *nemein*, una palabra que significa tanto "dividir" como también "apacentar". El *nomos* es, por lo tanto, la forma inmediata en la que se hace visible, en cuanto al espacio, la ordenación política y social de un pueblo, la primera medición y partición de los campos de pastoreo, o sea la toma de la tierra y la ordenación concreta que es inherente a ella y se deriva de ella; en las palabras de Kant: "la ley divisoria de lo mío y lo tuyo del suelo", o en la fórmula inglesa que es una puntualización adecuada: el "radical title". Nomos es la medida que distribuye y divide el suelo del mundo en una ordenación determinada, y, en virtud de ello, representa la forma de la ordenación política, social y religiosa. Medida, ordenación y forma constituyen aquí una unidad espacial concreta. En la toma de la tierra, en la fundación de una ciudad o de una colonia se revela el nomos con el que una estirpe o un grupo o un pueblo se hace sedentario, es decir se establece históricamente y convierte a un trozo de tierra en el campo de fuerzas de una ordenación. Sólo en relación con un nomos de esta índole, y no con cualquier disposición o aún con una norma sofísticamente separada de la fisis concreta, que como "tesis" es contrapuesta a la fisis, tienen un sentido las frases frecuentemente citadas de Píndaro y Heráclito, que analizaremos más adelante. Sobre todo puede considerarse el nomos como una muralla, puesto que también la muralla está basada en asentamientos sagrados. El nomos puede crecer y multiplicarse como la tierra

y la propiedad: de un sólo nomos divino se "nutren" todos los nomoi humanos. una palabra como "nomocracia" también tiene sentido, mientras que apenas se habla de una "nomarquia". Imágenes como "muralla" o "nutrición" no son más anticientíficas que la imagen de la "fuente" del Derecho, que era habitual precisamente en los positivistas jurídicos del sigo XIX y que Savigny todavía tomaba en serio, pero que ha quedado desvalorizada hasta convertirse en una mera metáfora. Ciertamente es significativo que nomos también puede tener el sentido de una sucesión de tonos, o sea un orden musical. Pero ante todas estas imágenes distintas, hemos de tener en cuenta, con respecto a nuestro contexto jurídico-histórico, que esta palabra no debe perder su vinculación con un acontecimiento histórico, con un acto constitutivo de ordenación del espacio[20].

La discusión científica alrededor del nomos ha sido hasta ahora confusa debido al hecho de que la mayoría de los juristas aún continúan utilizando el lenguaje del siglo XIX tardío positivista, mientras que los filósofos y los filólogos se atienen a los conceptos de los juristas, lo cual no se les puede reprochar. La cruz más pesada de su vocabulario, sin embargo, es la palabra *Gesetz*. A raíz del empleo de esta infeliz palabra, son incorporados en la discusión de la auténtica y original palabra "nomos" términos, conceptos y antítesis conceptuales de nuestra situación actual totalmente desmoronada. La situación presente está caracterizada desde hace varios decenios por el uso impropio de la legalidad del Estado jurídico centralista, cuyo único correctivo, que hoy día ha llegado a ser bastante inútil, es el concepto de la legitimidad[21]. La legalidad ya no es más que un modo de funcionamiento de la burocracia estatal, la cual, naturalmente, ha de atenerse a las disposiciones que son dictadas por el centro

[20] Tenemos una prueba simple y segura de que el sentido original de la palabra nomos ha sido desfigurado. La lengua griega conoce numerosas composiciones del sustantivo nomos que forman un verbo, como *patronomein*, *basileunomein*, *persinomein* y otras similares (comp. el artículo de HANS SCHAEFER *Patronomos*, en "Pauly-Wissowa-Mittelhaus", XVIII, cuad. 2°, col. 2295 y sigs.). Esto es traducido acertadamente como dominio del padre o paternal, dominio de reyes, dominio de los persas, etc. Pero si en realidad hubiera un dominio del nomos en el sentido del dominio de leyes abstractas, también debería aparecer la palabra nomonomia, lo cual, naturalmente, no es el caso. Una semejante combinación de palabras sólo revela la absurdidad de las concepciones en las que se basa.

[21] CARL SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, Munich y Leipzig, 1932.

de mando competente. Para ella, y para la ciencia jurídica relativa a ella, esto es "positivismo". En una época semejante no es conveniente hacer uso de la palabra "Gesetz" para traducir al alemán "nomos". Tampoco pueden utilizarse, para la definición del nomos, otros conceptos contrarios a "Gesetz", que están determinados antitética o dialécticamente por esta forma de "legalidad", en su actual sentido como antítesis frente a la ley del Estado jurídico. Por ello es igualmente inadecuado, al traducir la palabra nomos al alemán, emplear en lugar de "Gesetz" palabras como "Sitte" (uso) "Gewohnheit" (costumbre) o "Vertrag" (contrato).

Las actuales Ciencias naturales también hablan incesantemente de "derechos". En este aspecto, el concepto del derecho en el positivismo de las Ciencias naturales es, quizá, aún más confuso que el del positivismo de las Ciencias jurídicas. Precisamente la "ley natural" de las Ciencias naturales señala únicamente una función calculable y no una sustancia. El positivismo de las Ciencias naturales no conoce ningún origen ni ninguna imagen primitiva, sino solamente causas. Únicamente le interesa, como ya afirmó su fundador, Augusto Comte, la "ley del fenómeno", no la del origen. Patria y procedencia no son, para él, características constitutivas de clase. Con ello anula la relación entre asentamiento y ordenación. La crítica filosófica, de la que debería poder esperarse un esclarecimiento, ha aumentado aún más la confusión. Así, filósofos y teóricos alemanes de la ciencia de fines de siglo XIX, encabezados por Heinrich Rickert y Wilhelm Wildelband, dividieron la ciencia en Ciencias naturales y Ciencias filosóficas (o culturales) lo cual era una defensiva contra la absolutización ciega de las Ciencias naturales que entonces se pretendía imponer. Como intento de salvación del pensamiento histórico, no carecía de sentido y de mérito. Pero, por desgracia, precisamente la palabra "nomos" se desplazó, con ello, al terreno de las leyes puramente naturales. Wilhelm Windelband no definió como ciencias "nomotéticas" a las Ciencias filosóficas o culturales o históricas, sino a las Ciencias naturales. En ello se manifiesta la fuerza de un proceso típico que ya no es consciente de la propia situación existencial, es decir la funcionalización del "nomos" como "ley" al estilo del siglo XIX.

b) *El nomos como gobernante*

El pasaje antes citado de Píndaro (fr. 169) transmitido sobre todo por Heródoto (III, 38) y PLATÓN (*Gorgias*, 484b) y reconstruido con ayuda de varios escolios, habla del *Nomos Basileus*, del nomos como rey. Son numerosos los lugares en los que el nomos es denominado rey, gobernante, déspota o tirano. Ya hemos visto lo que para Aristóteles significa el nomos como gobernante, o sea en primer lugar un concepto opuesto al poder de las resoluciones del pueblo, y en segundo lugar el poder de una propiedad mediana de suelo, bien distribuida y estable (*Política*, IV, c. 4). Una pasaje de Heródoto (VII, 104) habla, con referencia a los espartanos, del nomos como déspota. En su contexto este pasaje es una respuesta al déspota asiático Jerjes y no se refiere necesariamente a la disciplina específicamente militar de los espartanos frente a las órdenes; más bien es posible que haga alusión a la estructura general del orden espartano. En el pasaje de Píndaro (fr. 169) se trata del robo de reses, un acto del instaurador mítico del orden, Heracles, mediante el cual creó éste un derecho a pesar de toda la violencia del acto. En Platón, es el sofista Calicles quien cita el pasaje de Píndaro y lo interpreta en el sentido de la mera "disposición de una disposición". Según esta interpretación, el nomos no sería otra cosa que el derecho cualquiera del más fuerte; seria una expresión de lo que se llama hoy día en Alemania la fuerza normativa de lo fáctico, una expresión de la *metamorfosis* del *Ser* en un *Deber*, de lo efectivo en una ley. Esto ya seria, pues, un positivismo normativo moderno. A juzgar por otros pasajes (fr. 81) el propio Píndaro parece haber estado inseguro. Pero también es confusa la interpretación del pasaje de Píndaro por HÖLDERLIN (*Hellingrath*, V 277) pues éste traduce al alemán la palabra nomos como "Gesetz" y la lleva así por el camino del error que significa esta infeliz palabra, aún sabiendo que la ley es la estricta mediatitud. El nomos, en su sentido original, sin embargo, es precisamente la plena inmediatitud de una fuerza jurídica no atribuida por leyes; es un acontecimiento histórico constitutivo, un acto de la *legitimidad*, que es el que da sentido a la legalidad de la mera ley.

En relación con este pasaje de Píndaro, que ha sido analizado con frecuencia, deseo citar aún tres importantes estudios recientes a los que debo especial gratitud por su aclaración filológica

y jurídica de la palabra nomos: HANS ERICH STIER, *Nomos Basileus* (revista "Philologus", tomo LXXXIII, 1928, págs. 225 y sig.); HANS NIEDERMEYER, *Aristóteles y el concepto del nomos en Licofrón* (publicación en homenaje a Paul Koschaker, 1939, págs. 140 y sig.) y ALFRED VON VERDROSS, *La teoría del Derecho de Heráclito*, "Zeitschrift für Öffentliches Recht", tomo XXII, 1943). H. E. Stier analiza definiciones del nomos como la de "lo objetivo más elevado" o "el alma de todo" y las considera como la mejor formulación. En realidad sólo son circunscripciones retórico-idealistas que se apartan del sentido espacial concreto: el de la primera medida del suelo. En H. Niedermeyer encontramos a veces interpretaciones adecuadas del nomos, como por ejemplo "potencia adjudicadora de carácter definitivo" (P. 150) o "fuerza real que actúa concretamente" (p. 151, nota). Sobre todo, Niedermayer ha observado acertadamente que en Píndaro y Solón la palabra es utilizada aún para el acto único de adjudicación (p. 152, nota). La certeza de esta frase reside en el hecho de que revela la vinculación del nomos con la primera adjudicación concreta y constitutiva, es decir con la toma de la tierra. Este sentido del nomos es predominante en Píndaro y Solón. Es de lamentar que H. Niedermeyer desvalorice su averiguación tan extraordinariamente importante calificando de "altamente arcaico" este significado primitivo. En Aristóteles y en Licofrón (quien considera el nomos como un "garante de la sustancia del derecho") aún puede hallarse un resto de sustancia. Niedermeyer también lo califica de "arcaico" (p. 170) por la razón de que valora las formulaciones de un positivismo normativo tardío, en lugar de identificarlas como meras degeneraciones, evasiones y disgregaciones, como elevado "progreso formal" y descubrimiento científico, orientando por ellas sus propias concepciones. En último término, Alfred von Verdross, de acuerdo con su modo de pensar científico-jurídico, se muestra influido antitéticamente por su concepción normativista aún cuando observa acertadamente el sentido no normativo de la frase de Heráclito. Así, habla de "Gesetz des Werdens", de modo que el lector ha de cosechar los frutos auténticos de este valioso trabajo a través de una continua interpretación de suposiciones normativistas.

Por el contrario, las investigaciones de Jost Trier han revelado de nuevo el carácter asentador de palabras primitivas. Me refiero en especial a palabras como "caballete" y "aguilón" y a los grupos de palabras referentes a *casa*, *valla* y *cercado*. "En el principio está la valla. De modo profundo y determinante, la valla, el cercado, la frontera entretejen el mundo formado por los hombres. Es el cercado el que crea el lugar sagrado, separándolo de lo corriente, sometiéndolo a una ley propia, entregándolo a lo divino". El cerco protector, la valla formada por seres humanos, el cerco de hombres es una forma primitiva de la convivencia en el culto y de la convivencia jurídica y política. Este conocimiento de que el derecho y la paz se basan originalmente en *cercados en el sentido espacial* nos será confirmado aún muchas veces de manera fecunda en el curso de nuestras consideraciones. Sobre todo, el gran problema fundamental de todo ordenamiento jurídico no era la eliminación, sino la acotación de la guerra. En relación con la etimología del nomos es importante el hecho de que, según afirma J. Trier, la propia palabra es, etimológicamente, una palabra que expresa un vallado. "Todo nomos es lo que es dentro de su valla". Nomos significa hogar, comarca, campo de pastoreo; la palabra *nemus*, de idéntica raíz, puede tener un significado relacionado con el culto: pinar, bosque, monte[22].

Un cierto peligro de nuestra insistencia en el origen espacial de conceptos jurídicos puede ser el de que su generalización demasiado extensa conduzca finalmente al problema filosófico abstracto de la relación entre *espacio* y *tiempo* y desemboque en la antigua antítesis banal y preferida del espacio y el tiempo. En tal caso, la discusión se desvía hacia los pensamientos de la filosofía de Bergson y enfrenta la inteligencia al instinto, situando el espacio, como algo "intelectual", en contraposición a la "duración concreta"; o bien se produce, como se hizo de moda en Alemania a partir de 1939, una simple inversión de valor de esta antítesis, apareciendo ahora el espacio como lo concreto y existente y el tiempo, en cambio, como lo intelectualista y abstracto. Ambas cosas pueden ser construidas ingeniosamente, pero aquí no se trata de ninguna de ellas y por ello es preciso evitarlas.

Desde luego, el sentido espacial que originalmente tenía la

[22] JOST TRIER, *Zaun und Mannring*, en "Beiträge zur Geschichte der Deutschen Sprache und Literatur" (fundados por Braune, Paul, Sievers, editados por Th. Frings, tomo 66, 1942, pág. 232).

palabra nomos no pudo conservarse en la Antigüedad griega. Las disposiciones de Solón, que primero se llamaban *thesmoi*, eran denominadas más tarde *nomoi*. El término nomoi aplicado a las provincias o comarcas del Imperio ptolemaico procede posiblemente de la palabra egipcia "nomes". No deja de ser significativo el que tales utilizaciones del *nomos* griego como concepto referido al espacio aún fueran posibles en la época helénica. En general, sin embargo, ya se impusieron en la época clásica las nuevas interpretaciones normativistas y positivistas del nomos por los sofistas, o sea en el sentido de una mera disposición o precepto. Como consecuencia de la disolución de la *polis*, tuvo que producirse necesariamente este cambio del sentido, que culminó en el culto helénico y más tarde cesarista del gobernante político. Desde la época en que Alejandro el Magno era venerado como un dios y la divinización del gobernante se había convertido en los imperios helénicos en una institución, ya no era posible distinguir entre *nomos* y *thesis*. El positivismo de los sofistas es, en esta relación, únicamente la expresión de un estado de evolución típico, aunque anormal.

La paradoja y aporia de la mera "disposición de disposiciones" sólo era, en aquel entonces, obra de algunos sujetos filosofantes. No era considerada generalmente, en modo alguno, como "progreso formal", sino permanecía incrustrada, por de pronto, en la religión pagana del pueblo. Más tarde, tras la victoria del Cristo frente a los césares, una nueva religión se hizo cargo de la herencia histórica de la Antigüedad. El progreso de los sofistas, por lo tanto, no fue, históricamente, en modo alguno idéntico al positivismo jurídico del siglo XIX, que había dejado de ser cristiano y se había vuelto ateísta. Este positivismo normativo moderno fue la creación de juristas desilusionados, cuya postura espiritual cedió, tras los desengaños políticos del año 1848, a las pretensiones de superioridad de las Ciencia naturales, a las exigencias progresistas del desarrollo técnico-industrial y a la nueva reclamación de legitimidad de la Revolución. En el nihilismo de su época, los juristas no se dieron cuenta de que en tiempos como aquellos las disposiciones sólo se convierten en destrucciones; ni siquiera vieron, a pesar de la advertencia de Savigny, hasta qué punto ponían en duda, mediante su presunto positivismo legal, sus propios supuestos históricos, intelectuales y profesionales. Consecuentemente, la ley se convertía en una disposición, con "probabilidad de obediencia forzosa", dirigida a las autoridades estatales encargadas de aplicar las leyes. Ya no era posible distinguir entre "ley" y "medida". Toda orden pública o secreta podía ser denominada ley porque era dictada por las autoridades estatales; su probabilidad de obediencia forzosa no era menor, sino quizá aún mayor que la de estipulaciones aclamadas y proclamadas en público tras las discusiones más complicadas. De una filosofía jurídica semejante no podía surgir una terminología y un vocabulario del que hubiera podido abstenerse una palabra alemana para *nomos*.

c) *El nomos en Homero*

Otro giro, con el que deseo enlazar la discusión del nomos, amenaza llevarnos a la selva de las posibilidades filológicas de interpretación. Me refiero al conocido pasaje al principio de la Odisea I, 3 que es leído en la versión actual de χαὶ νόον ἔγνω. Yo prefiero la versión de χαὶ νόμον ἔγνω (comp. R. Hirzel, *"Themis, Dike und Verwandtes"*, 1907; Busolt-Swoboda, *"Griechische Staatskunde"*, pág. 456; otras referencias en los tres trabajos de Stier, Niedermeyer y Verdross citados anteriormente bajo b). El comienzo de la Odisea es, en la traducción de Voss, el siguiente:

> *Sage mir, Muse, die Taten des vielgewanderten Mannes,*
> *welcher so weit geirrt, nach der heiligen Troja Zerstörung,*
> *vieler Menschen Städte* (αστεα) *gesehn und Sitte*
> (νόον o νόμον) *gelernt hat,*
> *und auf dem Meere soviel unnennbares Leid erdultet.*

En oposición a H. Niedermeyer, considero útil y provechoso, al intentar esclarecer el concepto de "nomos", analizar precisamente este pasaje de la Odisea I, 3. la versión actual aplica "noos" en lugar de "nomos". Dejaremos al margen la cuestión de si estas dos palabras son etimológicamente diferentes, o si es posible defender que preceden de la misma raíz; en todo caso, hoy ya no tiene el mismo significado. También podemos dejar aparte los demás lugares de la Odisea en los que aparece la palabra *noos* (VI 121, XXIV 474, 479) sin decidir la cuestión de si también en estos lugares sería más adecuada la palabra *nomos*. El hecho de que *nomos* no aparece en otras obras de Homero no constituye un argumento decisivo. En mi opinión, lo que es más

convincente es el hecho de que el poeta, al principio de la Odisea, habla en el verso 3 de la tierra y en el verso 4 del mar, pero que *nomos* (a diferencia de *noos*) está coordinado de modo específico con la tierra; un punto de vista que ha sido destacado por Alfons Höltermann (Colonia) con referencia a mi ensayo "*Land und Meer*" (Reclam, Leipzig 1942).

Según la versión actual de *noos* (en lugar de *nomos*) el pasaje dice que Ulises ha "conocido" el *nous*, o sea el espíritu o la razón o la mentalidad y el carácter de muchas personas o incluso de las ciudades de muchas personas. De acuerdo con esta interpretación, el astuto héroe se habría interesado por el "espíritu" específico de las diferentes ciudades o de "muchas personas" y habría sido algo así como el primer psicólogo social, una especie de precursor de Montesquieu y Herder o incluso de Hellpach y el Conde de Keyerling. Una versión literaria verdaderamente conmovedora del viejo navegante, quien, según ella, incluso habría "conocido" este *nous*, o sea habría practicado ya la teoría del conocimiento de causas como un neokantiano *avant la lettre*.

La vinculación de ciudades y castillos (ἄστεα) con un "nous" en el sentido de espíritu, razón y mentalidad me parece algo totalmente absurdo, pues el "nous" es común a todos los hombres, y, como es natural, una ciudad-castillo protegida (ἀστύ) no tiene precisamente, como tal, un propio "nous" especial, pero sí un propio "nomos" específico. Sería extraño al pensamiento de la Antigüedad el diferenciar aquel "nous", que es algo humano en general, según ciudades y aún ciudades-castillos distintos, y conocerlos de este modo. Sólo en las modernas psicologizaciones (acerca del espíritu) puede convertirse éste en un tema sociopsicológico-científico y ser relacionado con ciudades y castillos. Heródoto habla en un pasaje muy famoso, en el que cita la frase acerca del "Nomos Basileus" de Píndaro (III, 38) precisamente de la diferencia de usos y costumbres de los distintos pueblos y concluye su descripción de esta diferencia con esta célebre frase. En aquel entonces no se le hubiera ocurrido probablemente a ningún heleno relacionar las diferencias con el *nous* en lugar del *nomos*. Menos aún puede hablarse del *nous* de "muchas personas", pues *nous* es lo humano en general, que no sólo es común a muchas personas, sino a todas las personas que razonan, mientras que el vallado, el cercado y el asentamiento sagrado comprendidos en la palabra *nomos* expresan precisamente las ordenaciones divisoras y diferenciadoras, cuya particularidad tenía que ser el objeto apropiado de la observación y percepción de un navegante taimado.

d) *El nomos como proceso fundamental divisor del espacio*

En todo caso, mientras la palabra griega "nomos" utilizada en aquellas frases tan frecuentemente citadas de Heráclito y Píndaro sea transformada de un acto concreto —referente al espacio— y constitutivo de ordenación y asentamiento, es decir, de un *ordo ordinans*, en una "disposición de disposiciones" relativa ya tan sólo al deber, y sea traducida al alemán —según el modo de pensar de un sistema de legalidad positivista— con la palabra "Gesetz", toda discusión en torno a su interpretación será inútil y toda sagacidad filológica será poco provechosa. Otra dificultad especial es el hecho de que la mayoría de los filólogos, al parecer, ni siquiera sospechan de qué modo radical ha sido funcionalizada la palabra "Gesetz", en el sistema de legalidad positivista del moderno aparato estatal, por los juristas de fines de siglo XIX, hasta el punto de que la legalidad ha quedado convertida en simple arma del partido legislador contra el partido excluido de la legislación. Las palabras de Heráclito y Píndaro únicamente indican, en realidad, que todas las regulaciones ulteriores, escritas o no escritas, toman su fuerza de la medida interna de un acto primitivo constitutivo de ordenación del espacio. Este acto primitivo es el *nomos*. Todo lo posterior son consecuencias o ampliaciones o bien nuevas distribuciones —anadasmoi—, es decir una continuación sobre la misma base o bien modificaciones disolutivas del acto constitutivo de ordenación del espacio que representa la toma de una tierra, la fundación de una ciudad o la colonización.

Como es natural, tales actos constitutivos no son algo cotidiano, pero tampoco son acontecimientos de tiempos pasados que ya no tienen para nosotros más que un interés arqueológico o histórico. Mientras la historia del mundo no esté concluida, sino se encuentre abierta y en movimiento, mientras la situación aún no esté fijada para siempre y petrificada, o expresado de otro modo, mientras los hombres y los pueblos aún tengan un futuro y no sólo un pasado, también surgirá, en las formas de

aparición siempre nuevas de acontecimientos históricos universales, un nuevos *nomos*. Así pues, se trata para nosotros del acto fundamental divisor del espacio, esencial para cada época histórica; se trata de la coincidencia, estructuralmente determinante, de la ordenación y el asentamiento en la convivencia de los pueblos sobre el planeta que entretanto ha sido medido científicamente. Este es el sentido en el que se habla aquí del *nomos* de la tierra; pues cada nuevo período y cada nueva época de la coexistencia de pueblos, imperios y países, de potentados y potencias de todo tipo, se basa sobre nuevas divisiones del espacio, nuevas delimitaciones y nuevas ordenaciones espaciales de la tierra.

5. La toma de la tierra como acto constitutivo del Derecho de Gentes

La última etapa del Derecho europeo de Gentes que ahora llega a su fin se funda en la gran toma de la tierra en los siglos XVI y XVII, que estudiaremos detalladamente en los capítulos siguientes. La época anterior estaba basada en los resultados de la llamada transmigración de pueblos, la cual, sin embargo, no fue tan sólo una migración de gentes, sino más bien una serie de grandes apoderamientos de tierra.

Naturalmente, no todas las invasiones u ocupaciones temporales representan ya tomas de la tierra constitutivas de una ordenación. Ha habido en la historia mundial bastantes actos de violencia que llegaron muy pronto a la destrucción propia. Del mismo modo, no todas las ocupaciones de tierra representan un *nomos*, pero, por el contrario, el *nomos* siempre comprende en nuestro sentido un emplazamiento y una ordenación relativa al suelo. Si se añade el ámbito del mar, es la relación entre la tierra y el mar la que determina la ordenación del espacio según el Derecho de Gentes. Cuando se añade, como tercera dimensión, el dominio en el espacio aéreo, surgen otras ordenaciones nuevas del espacio. No obstante, una toma del suelo que tenga lugar en tierra firme sigue siendo aún entonces de importancia fundamental. Por ello, todavía tiene sentido hoy día nuestro enfoque del concepto de la toma de la tierra desde el ángulo de vista de la ciencia del Derecho de Gentes.

La palabra "Landnahme" (toma de la tierra) que es utilizada aquí para la definición de un acto de asentamiento y ordenación que se refiere a tierra firme y constituye derecho, ha sido adoptada habitualmente en la lengua alemana hace algunos decenios[23]. Con anterioridad, no se hablaba de "Landnahme", sino únicamente de "Land-Teilungen" (particiones de tierra). Ahora bien, con toda toma de una tierra está relacionada también, de cualquier forma, una partición y división de la tierra tomada. Pero la partición sólo es una consecuencia de la toma de la tierra; ya es un efecto del *radical title* constituido hacia fuera y hacia dentro por la toma de la tierra. Hasta el presente, no existe más que una sola monografía histórico-jurídica acerca de los apoderamientos de tierra por las razas y pueblos germánicos en la época de la transmigración de pueblos: la obra del jurista Ernst Th. Gaupp, de Breslau, aparecida hace más de cien años: en 1844. Este libro lleva el título "*Die germanischen Ansiedlungen und Landtheilungen in den Provinzen den Römischen Westreiches in ihrer völkerrechtlichen Eigenthümlichkeit und mit Rücksicht auf verwandte Erscheinungen der alten Welt und des späteren Mittelalters dargestellt*".

La forma de expresión "Landteilung" (participación de tierra) debe haber estado influida por la traducción luterana de la Biblia, que habla de "einnehmen" (tomar o conquistar) y "teilen" (partir) la tierra (Mois. 4, 34: "Teilung durch das Los unter die einzelnen Stämme") y en la que el pasaje clásico (Josué 11, 23) dice: "Also nahm Josua alles Land ein und gab es Israel zum Erbe, einem jeglichen Stamm sein Teil, und das Land hörte auf zu kriegen".

Para nuestro estudio, el término toma de la tierra es mejor que partición de la tierra, puesto que toma de la tierra señala claramente, hacia dentro y hacia fuera, la constitución del *radical title*. Al utilizar la palabra partición, la atención deja de centrarse

[23] Heinrich Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte* (I, 2, segunda edición, 1906, págs. 72 y sig.) ya dice *Landnahme* (toma de la tierra), mientras que p. e. Karl Binding, *Das burgundisch-römische Königreich*, 1868, aún no conoce la palabra. El caso poco frecuente de que en la discusión de un problema de Derecho de Gentes se hablara con conciencia científico-jurídica de *Landnahme* se produjo durante las negociaciones del Congreso Colonial Alemán de 1905 (Berlín, 1906, pág. 410). En aquella ocasión F. Stoerk habló sobre el "fenómeno de la toma de la tierra, de la colonización" y el problema de "la toma de la tierra que es efectuada (hoy) bajo el control del mundo entero de los Estados".

en el acto de Derecho de Gentes y es desviada demasiado hacia el acto interno de la división (por la suerte o de otro modo) y de la creación de formas distintas de propiedad del suelo tomado, sea bienes públicos o propiedad fiscal, patrimonio real o propiedad familiar, propiedad colectiva o individual, dominio o propiedad jurídico-feudal superior o inferior[24].

Todos los pueblos de todos los tiempos que marcharon hacia nuevos espacios y se asentaron durante sus migraciones —razas, estirpes y grupos griegos, itálicos, germánicos, eslavos, magiares[25] y otros—, llevaron a cabo apoderamientos de tierra, y asimismo toda la historia colonial es tan sólo una historia de actos de fundación relativos al espacio, en los que se coordinan el asentamiento y la ordenación. Según señalado anteriormente, en este origen de la toma de la tierra, el derecho y la ordenación van unidos y no pueden ser separados en su inicio, en el que coinciden el asentamiento y la ordenación. Ahora bien, desde el ángulo de vista histórico-jurídico —dejando aparte los actos de violencia que se autodestruyen rápidamente—, hay dos formas distintas de toma de una tierra, o sea aquella que se produce *dentro* de un orden general existente de acuerdo con el Derecho de Gentes y que halla sin dificultades el reconocimiento por parte de otros pueblos, y aquella otra que derriba una ordenación espacial existente y crea un nuevo *nomos* del ámbito global del espacio de pueblos que existen unos al lado de otros. Con todo cambio territorial está vinculada una toma de la tierra, pero no todas las tomas de una tierra, no todas las modificaciones de fronteras ni todas las nuevas fundaciones de colonias representan, por ello al propio tiempo un acto que constituye un nuevo *nomos* y que es revolucionador para el Derecho de Gentes. Sobre todo, es importante el hecho de si existe un área de suelo libre y si existen formas reconocidas para la adquisición de suelo no libre. La teoría de la guerra justa de Vitoria hace posible, por ejemplo, la toma del suelo ajeno no libre. Las numerosas conquistas, donaciones, ocupaciones, anexiones, cesiones y sucesiones de la historia universal se encuadran en una ordenación espacial existente de Derecho de Gentes, o bien tienden, cuando no son meros actos de violencia pasajeros, a constituir una nueva ordenación del espacio basada en el Derecho de Gentes.

[24] Wilhelm Wengler ofrece una visión excelente de las posibilidades que se presentan en este aspecto en su trabajo *Vergleichende Betrachtungen über die Rechtsformen des Grundbesitzes der Eingeborenen*, en "Beiträge zur Kolonialforschung", III, págs. 88 y sig.

[25] Menciono expresamente a los magiares, puesto que en Hungría el recuerdo de la toma de la tierra (en el año 895 de la era cristiana) ha permanecido vivo, habiéndose conservado también, contrario a lo que sucede en otros países, la palabra correspondiente a toma de la tierra: *honfoglalás*.

Esta típica contraposición de lo constitutivo y lo constituido es, en principio, fácil de comprender. Desde luego, es generalmente conocida y habitual la diferenciación entre actos constitutivos e instituciones constituidas, la contraposición de *ordo ordinans* y *ordo ordinatus*, de *pouvoir constituant* y *pouvoir constitué*. Los juristas del derecho positivo, o sea constituido y establecido, sin embargo, se han acostumbrado en todas las épocas a enfocar únicamente la ordenación existente y los actos dentro de esta ordenación existente, es decir, sólo el ámbito de lo firmemente ordenado, de lo ya constituido, y sobre todo únicamente el sistema de una determinada legalidad estatal. Prefieren rechazar, por no considerarla jurídica, la cuestión de los actos que constituyen una ordenación. Creen que es razonable remitir toda legalidad a la Constitución o a la voluntad del Estado pensado como persona. Sin embargo, el interrogante ulterior acerca del origen de esta Constitución o acerca de la creación del Estado lo contestan señalando que consideran ambas cosas, el establecimiento de una Constitución y la creación de un Estado, como un mero hecho, un *factum*. En las épocas de una seguridad nada problemática esto posee un cierto sentido práctico, en especial si se tiene en cuenta que la legalidad moderna es, sobre todo, el modo de funcionamiento de la burocracia estatal, la cual no se interesa por el derecho de su origen, sino únicamente por la ley de su funcionamiento. A pesar de ello, también la teoría de los procesos constituyentes y de las formas bajo las cuales se presenta un poder constituyente forma parte de la discusión científico-jurídica. Existen varias formas de derecho; no sólo existe la legalidad estatal, sino también un derecho pre, extra e interestatal[26]. En el Derecho de Gentes, sobre todo, surgen en

[26] La exposición moderna más importante, y al propio tiempo más bella, de esta necesidad de tener en cuenta una pluralidad de tipos de derecho es obra del eminente profesor francés de Derecho Maurice Hauriou. Hay juristas que únicamente consideran válido el derecho legislado estatal como derecho jurídico, como *derecho en el sentido legal*, según señala acertadamente Rudolph Sohm. Hauriou dice: "Su error consiste en que creen que no existe más que una sola forma de derecho,

cada fase de la historia imperios, países y pueblos coexistentes que establecen diversas ordenaciones de su coexistencia, cuya parte integrante de mayor importancia son siempre los principios y procedimientos tanto jurídico-públicos como jurídico-privados con respecto a modificaciones territoriales.

Con este análisis del significado, en el Derecho de Gentes, del término *toma de la tierra* nos hemos abierto la posibilidad de comprender en el aspecto histórico-jurídico y filosófico-jurídico el acontecimiento fundamental de la historia del moderno Derecho de Gentes europeo: la toma de la tierra en un Nuevo Mundo.

---

mientras que existen al menos dos: el del Estado y un derecho pre-estatal, *celui de l'Etat et celui antérieur à l'Etat*, y que conceden al Estado un valor absoluto". De acuerdo con Hauriou, el Estado es una institución cuyo derecho se limita principalmente a la esfera intraestatal y que, además, presupone una situación normal de paz. En las relaciones extraestatales, y durante períodos de agitación intraestatal, sobre todo durante una guerra civil, existe un derecho primitivo que, sin embargo, no es en menor grado derecho que el de la legalidad estatal. Toda Constitución estatal está basada en un derecho anterior al Estado, por lo que no es un mero *factum*. Por lo demás, no deben confundirse las leyes constitucionales de Estados modernos y de su poder constituyente con estos actos constitutivos del derecho de una *libertad primitiva*. En Estados modernos, el *pouvoir constituant* ya puede estar asumido por la legalidad estatal y ser únicamente una forma especial de *pouvoir législatif* (M. Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel*, París, 1923, págs. 284 y sigs.).

Capítulo II

La toma de la tierra en un Nuevo Mundo

1. Las primeras líneas globales

Desde la raya, pasando por la "amity line", hasta la línea del hemisferio occidental.

Tan pronto como se había perfilado la forma de la tierra como un *globo verdadero*, es decir, no sólo vislumbrada a modo de mito, sino comprobable como hecho científico y medible prácticamente como espacio, surgió inmediatamente un problema totalmente nuevo y hasta entonces inimaginable: el de una ordenación del espacio de todo el globo terrestre de acuerdo con el Derecho de Gentes. la nueva imagen global del espacio exigía una nueva ordenación global del espacio. Esta es la situación que se inicia con la vuelta alrededor del mundo y los grandes descubrimientos de los siglos XV y XVI. Con ello, comienza al propio tiempo la época del moderno Derecho europeo de Gentes, que no finalizaría hasta el siglo XX.

Inmediatamente después del descubrimiento del Nuevo Mundo se inicia asimismo la lucha en torno a la toma de la tierra y la toma del mar en este mundo nuevo. Ahora, la partición y división de la tierra se convierte en medida creciente en una cuestión común de los pueblos y potencias que existen sobre la misma tierra. Ahora se trazan líneas para partir y dividir toda la tierra. Estas líneas, de las que se hablará más adelante, son los primeros intentos y esfuerzos para establecer las medidas y delimitaciones de una ordenación global del espacio para la tierra en su totalidad. Corresponden a la primera fase de la nueva conciencia planetaria del espacio y son concebidas, como

es natural, en el sentido de que dividen más o menos geométricamente —*more geométrico*— un espacio de superficie. Más tarde, cuando la conciencia histórica y científica de los hombres había *captado*, en todos los sentidos de la palabra, toda la tierra hasta en los detalles cartográficos y estadísticos, fue creciendo la necesidad político-práctica no sólo de un división geométrica de la superficie, sino de una ordenación del espacio de esta tierra con todo su contenido.

El Derecho de Gentes europeo de la época de los siglos XVI al XX consideraba a las naciones cristianas de Europa como creadoras y portadoras de una ordenación que era válida para toda la tierra. "Europeo" designaba entonces el *status* normal, que también reclamaba ser normativo para la parte no europea de la tierra. El término civilización era equivalente a civilización europea. En este sentido, Europa aún seguía siendo el centro de la tierra. No obstante, a Europa le había sido adjudicado, por el hecho de la aparición de un "nuevo mundo", el papel de viejo mundo. El continente americano era de hecho un mundo totalmente nuevo, pues aún aquellos sabios y cosmógrafos de la Antigüedad y de la Edad Media que sabían que la tierra era una bola y que las Indias podían ser alcanzadas por el camino de Occidente, no se habían figurado, sin embargo, que pudiera existir un gran continente entre Europa y Asia Oriental.

En la Edad Media, los soberanos y pueblos cristianos de Europa consideraban que Roma o Jerusalén era el centro de la tierra y que ellos mismo eran una parte del viejo mundo. Surge con frecuencia el presentimiento de que el mundo es viejo y se aproxima a su ocaso; esta idea domina, por ejemplo, una parte de la obra histórica de Otto von Freising. Ello también forma parte de la visión histórica cristiana antes mencionada, que sólo considera el imperio como una barrera contra el anticristo, un *Kat-echon*. El enemigo más peligroso, el Islam, ya no era nuevo en aquel entonces; en el siglo XV, ya se había convertido hacía tiempo en un viejo enemigo. Así, pues, cuando apareció verdaderamente, en el año 1492, un "Nuevo Mundo", todas las concepciones tradicionales tanto del *centro* como de la edad de la tierra hubieron de modificar su estructura. Los soberanos y las naciones de Europa veían surgir ahora a su lado un inmenso espacio no europeo desconocido hasta entonces.

Pero lo esencial y lo decisivo para los siglos posteriores fue

el hecho de que el Nuevo Mundo no apareciera como un nuevo enemigo, sino como un *espacio libre*, como un campo libre para la ocupación y expansión europea. Por de pronto, ello fue durante trescientos años una confirmación absoluta de Europa en su posición, no sólo como centro de la tierra, sino también como viejo continente. Pero, no obstante, originó simultáneamente, desde el principio, una destrucción de los conceptos concretos que hasta entonces existían con respecto al centro y la edad de la tierra, pues ahora se iniciaba la disputa europea en torno a este Nuevo Mundo, de la que surgiría una nueva ordenación del espacio con nuevas divisiones de la tierra. Cuando un mundo viejo ve aparecer a su lado un mundo nuevo, es evidente que ya es puesto en duda dialécticamente por este mismo hecho y que ya no es viejo en el antiguo sentido.

Los primeros intentos de dividir la tierra según el Derecho de Gentes, de acuerdo con la nueva concepción geográfica amplia, se realizaron inmediatamente después de 1492 y fueron, al propio tiempo, las primeras adaptaciones a la nueva división planetaria del mundo. Desde luego, al principio no consistían, al parecer, más que en un rudo apoderamiento del suelo durante la gigantesca toma de la tierra. Pero incluso este primer apoderamiento hizo necesarias ciertas particiones y divisiones en el curso de la lucha que se libraban los europeos que ocupaban tierras. Estas divisiones surgían de un determinado modo de pensar que yo quisiera definir como *pensamiento en líneas globales*. Es un modo de pensar que representa una determinada fase en la evolución histórica de la conciencia humana del espacio y que comienza en el momento del descubrimiento de un "Nuevo Mundo" y al principio de la "época moderna", guardando el paso con el desarrollo de los mapas geográficos y del globo. Con la palabra "global" es designado tanto el carácter planetario-universal de este modo de pensar como también su vinculación con la superficie, basada en la equiparación de la superficie de la tierra y del mar. En este sentido, me parece adecuado y exacto el término "pensamiento en líneas globales", pues en todo caso es más claro e históricamente más indicado que otras denominaciones, como por ejemplo la palabra "hologäisch" propuesta por Friedrich Ratzel, y también más apropiado que "planetario" u otros términos que sólo apuntan a la tierra y su totalidad, pero no a su forma peculiar de división.

La cuestión es, desde un principio, política, y no puede tratarse como un asunto "puramente geográfico". La geografía y la cartografía puras son algo neutral en su condición de ciencias y métodos basados en las naturales, las matemáticas o la técnica, pero no obstante proveen, como saben todos los geógrafos, posibilidades de aplicación y de aprovechamiento altamente significativos y de inmediata actualidad. Este punto quedará evidente más adelante, sobre todo a base del ejemplo del concepto de "hemisferio occidental". A pesar de aquella neutralidad de la ciencia geográfica se inicia, por lo tanto, inmediatamente una disputa política alrededor de conceptos puramente geográficos, una disputa que justifica a veces la frase pesimista de Tomás Hobbes de que incluso las evidencias aritméticas y geométricas llegan a ser problemáticas cuando entran en el ámbito de lo político, es decir, de la distinción aguda entre amigo y enemigo. Por ejemplo, el hecho de que el primer meridiano de la red cartográfica del globo terrestre, que aún es utilizada hoy día en casi todas partes, transcurre por Greenwich no es algo puramente neutral y objetivo ni algo puramente casual, sino el resultado de una competencia entre varios primeros meridianos. Los franceses, que durante doscientos años sostuvieron con los ingleses una lucha por el dominio de los mares y del mundo, consideraban desde el siglo XVIII como primer meridiano el del Observatorio Astronómico de París, no cesando en su oposición contra el meridiano de Greenwich hasta el siglo XX. El Anuario Astronómico de Berlín no adoptó el meridiano de Greenwich hasta el año 1916. Por lo tanto, no significa una politización exagerada de este problema al parecer puramente matemático-geográfico el que también veamos en el reconocimiento mundial del primer meridiano de Greenwich un síntoma del poderío marítimo y universal de los ingleses en aquella época.

Al poco tiempo de haberse elaborado los primeros mapas y globos y de haber surgido las primeras teorías científicas acerca de la verdadera forma de nuestro planeta y de un mundo nuevo en el Oeste, fueron trazadas ya las primeras líneas globales de partición y distribución. La primera fue la línea establecida por el Papa Alejandro VI en la bula *Inter caeterà divinae*, del 4 de mayo de 1493, o sea, pocos meses después del descubrimiento

de América[27]. Esta línea transcurre desde el Polo Norte al Polo Sur, a cien millas al Oeste del meridiano de las Azores y del Cabo Verde. La cifra de cien millas se explica jurídicamente por el hecho de que Bartolo, Baldo y otros juristas calculaban la zona de las aguas territoriales como equivalente a dos días de viaje. También aquí se evidencia que la diferenciación posterior entre tierra firme y mar libre, decisiva para la ordenación del espacio, según el Derecho de Gentes, desde 1713 hasta 1939, era una idea totalmente extraña al ser trazadas estas líneas de partición.

A la línea global establecida por el Papa le sigue inmediatamente la línea trazada por el tratado de partición hispano-portugués de Tordesillas del 7 de junio de 1494, que está algo desplazada hacia el Oeste y transcurre aproximadamente por el medio del Océano Atlántico (a 370 millas al Oeste del Cabo Verde). En este tratado, las dos potencias católicas tomaron el acuerdo de que todas las nuevas tierras descubiertas al Oeste de la raya pertenecieran a los españoles y las descubiertas al Este de la raya a los portugueses. Este acuerdo, denominado "partición del mar océano", fue confirmado, a petición de las partes contratantes, por el Papa Julio II. En la otra mitad del globo se estableció como frontera la línea de las Malucas. En el Tratado de Zaragoza (1526) es trazada una raya a través del Océano Pacífico, que transcurre por el meridiano actual 135, pasando por lo tanto por Siberia Oriental, Japón y a través de Australia. Esta primeras líneas globales de partición la conocen perfectamente todos los historiadores y, sobre todo, como es natural, la

[27] Las líneas de delimitación luso-españolas precedentes aún no tienen carácter global. Tampoco es una línea global la línea portuguesa de demarcación de 1443, que fue confirmada por el Papa en 1455; era una "barrera marítima" que debía reservar a los portugueses la navegación más allá de la línea (más allá del Cabo de Bojador); comp. el texto de F. G. Davenport en *European Treaties Bearing on the History of the United States and its Dependencies*, tomo I, Washington, 1917; en el mismo lugar, págs. 84 y sig., el Tratado de Tordesillas del 7 de junio de 1494 y el tratado de ejecución del 7 de mayo de 1495; además, Adolf Rein, *Zur Geschichte der völkerrechtlichen Trennungslinie zwischen Amerika und Europa*, Ibero-Amerikanisches Archiv (1930), página 531, y E. Staedler, *Zur Vorgeschichte der Raya von 1493*, en "Zeitschrift für Völkerrecht", XXV (1941), págs. 57 y sigs. Del mismo modo, las concesiones papales a la Societas Jesu portuguesa (bula "Inter Caetera" del 13 de marzo de 1456) aún no son globales en nuestro sentido, puesto que alcanzan "usque ad Indos", pero todavía ven las Indias en el Este.

historiografía española y portuguesa, pero también han sido discutidas con creciente interés en la teoría del Derecho de Gentes de los últimos años[28]. Del mismo modo, las llamadas líneas de amistad establecidas por el Tratado hispano-francés de Cateau-Cambrésis, que estudiaremos más adelante, han vuelto a merecer desde hace algún tiempo una atención especial en el terreno del Derecho Internacional desde que su importancia para la historia colonial fuera aclarada por los trabajos de F. G. Davenport (1917 a 1934) y Adolf Rein (a partir de 1925)[29].

El pensamiento en líneas globales tiene su propia evolución e historia. Analizaremos seguidamente con más detalle los ejemplos más importantes de sus numerosas manifestaciones desde el ángulo de vista de la ordenación del espacio según el Derecho de Gentes. Constituyen una serie coherente y uniforme que alcanza desde el descubrimiento de América hasta las declaraciones norteamericanas de la segunda guerra mundial. Sin embargo, sería errónea no tener en cuenta, ante la evidente coherencia de esta serie, el hecho de que las líneas y las distintas fases del pensamiento en líneas globales se mueven, por otro lado, en ordenaciones espaciales diferentes y tiene, por lo tanto, un sentido muy distinto para el Derecho de Gentes. El concepto de la línea global no está basado, ni en el aspecto científico-teórico ni en el aspecto práctico político, indistintamente en los mismo supuestos e ideas del Derecho de Gentes. La diferencia no reside tan sólo en las delimitaciones geográficas y en el trazado de las líneas de los meridianos, sino también en el contenido de las ideas políticas acerca del espacio y con ello en la estructura de la imagen de líneas y en la propia ordenación del espacio contenida en ella. Así, pues, nuestra tarea consiste, por de pronto, en distinguir acertadamente las diferentes formas y perfilar, en su singularidad histórica, los distintos tipos de líneas globales.

1. La primera diferencia se revela a través del gran cambio histórico que llevó de las líneas hispano-portuguesas de partición, las *rayas*, a las líneas franco-inglesas de amistad, las *amity lines*. Puede decirse que un mundo entero separa a la "amity lines" inglesa del tipo histórico de la raya. La raya presupone que dos soberanos, que reconocen la misma autoridad espiritual también en el aspecto del Derecho de Gentes, llegan a un acuerdo sobre la adquisición de tierra de soberanos y pueblos heterodoxos. Aún cuando es un acto contractual el que lleva al establecimiento de la raya, siempre se halla en el fondo la autoridad de un *ordo* común y de una base arbitral común que, como instancia de Derecho de Gentes, distingue el suelo de soberanos y pueblos no cristianos de aquel de los cristianos. Si bien el Papa no adjudicaba en aquel entonces la propiedad de tierras, sino únicamente territorios para la actividad misionera[30].

[28] De parte alemana, sobre todo el trabajo de E. Staedler acerca de la raya de las Indias Occidentales de 1493, en "Zeitschrift für Völkerrecht", XXV (1941), pág. 57, y su trabajo *Hugo Grotius über die Donatio Alexandri von* 1493 *und der Metellus-Bericht*, "Zeitschrift für Völkerrecht" XXV (1941), págs. 257 y sig. Staedler hace aquí una incisión demasiado aguda en cuanto al pensamiento contractual jurídico-feudal-medieval y el "moderno-internacional" —según lo denomina él—, al considerar ya todo acuerdo contractual como expresión de un pensamiento jurídico-internacional "moderno", lo cual, sin embargo, no disminuye el valor histórico de sus exposiciones. Entre la bibliografía española más reciente, véase Juan Manzano, *El decreto de la Corona de Castilla sobre el descubrimiento y conquista de las Indias de Poniente*, en la "Revista de Indias", tomo III (1942), págs. 397 y sig.

[29] Carl Schmitt, *Völkerrechtliche Grossraumordnung*, cuarta edición, 1942, pág. 57; además, *Raum und Grossraum im Völkerrecht*, "Zeitschrift für Völderrecht", XXIV (1940), pág. 155. El tratado de Cateau-Cambrésis está reproducido en la obra de F. G. Davenport, *European Treaties Bearing on the History of the United States and its Dependencies* ("Publications of the Carnegie Institution", 254, 1), Washington, 1917, doc. 21, págs. 219 y sigs., véase en esta relación la excelente exposición de Adolf Rein —no aprovechada hasta hace poco tiempo por la ciencia del Derecho de Gentes— *Der Kampf Westeuropas um Nordamerika im 15. und 16 Jahrhundert*, Stuttgart-Gotha, 1925 (*Allgemeine Staatengeschichte*, 2, 3), págs. 207 y sig.; acerca de la frase "Más allá del Ecuador no hay pecado": Rein, lug. cit., pág. 292; sobre el significado de la expansión hacia Ultramar para el sistema europeo de Estados: *Historische Zeitschrift*, 137 (1928), págs. 28 y siguientes; acerca de la historia de la línea de separación entre America y Europa según el Derecho de Gentes, *Ibero-Amerikanisches Archiv*, IV (1930), págs. 530-543; además, Ulrich Scheuner, *Zur Geschichte der Kolonialfrage im Völkerrecht*, "Zeitschrift für Völkerrecht", XXII (1938), pág. [illegible]; W. Grewe, *Die Epochen der modernen Völkerrechtsgeschichte*, "Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft", 103 (1942), págs. 51 y sig.

[30] Ello es subrayado por Julius Goebel en *The Struggle for the Falkland Islands*, 1927, pág. 84; lo mismo W. Grewe, *Die Epochen*, lug. cit., pág. 51. No debe ser exagerada esta diferencia, ya que en otro caso se pierde la idea espacial latente en los encargos papales de la misión. La bula papal del 4 de mayo de 1493 habla, desde luego, del *bellum iustum* y con ello en el derecho a la ocupación y la anexión "christiana lex" y de la conversión de los pueblos bárbaros a la fe cristina, pero también incluye la "donatio" jurídico-feudal de las tierras y convierte expresamente a los herederos de Castilla y León en "dominos cum

también esto era expresión de una ordenación del espacio que distinguía el ámbito de poder de soberanos y pueblos cristianos de territorios de soberanos no cristianos. En la práctica, no pueden separarse las zonas de la misión de aquéllas de la navegación y el comercio. La raya presupone, pues, que soberanos y pueblos cristianos tienen derecho a que el Papa les adjudique un encargo de misión, en virtud del cual ejercen la actividad misionera en territorios no cristianos y los ocupan en el transcurso de la misión. La discusión, sorprendentemente objetiva, del tema por Vitoria en sus *Relecciones de Indis Insularis* (1538) —que será estudiada más adelante en el capítulo siguiente sobre este autor— también le lleva finalmente a la consideración de que los españoles libran una guerra justa y que por lo tanto pueden efectuar la anexión de tierras de indios si éstos se oponen al *commercium* libre (que no sólo es "comercio") y a la libre misión del cristianismo.

La línea global que es la "raya" no representa, sin embargo, en general una delimitación del territorio cristiano y del no-cristiano; sólo es una delimitación interna entre dos soberanos cristianos que llevan a cabo ocupaciones de tierra, delimitación que permanece dentro del margen de aquella ordenación del espacio. La raya se basa, por lo tanto, en un acuerdo sobre la toma de la tierra según el Derecho de Gentes, no distinguiéndose aún entre toma del mar y toma de la tierra. Los soberanos y pueblos cristianos que efectuaban la toma de la tierra y del mar estando aún integrados en la ordenación del espacio de la Respublica Christiana medieval, poseían una base común en su fe cristiana y una autoridad común en la suprema potestad de la Iglesia, el Pontífice Romano. Por lo tanto, también se reconocían mutuamente como *partenaires* iguales de un tratado de partición y distribución consecutivo a una ocupación de tierra.

plena libera et omnimoda potestate, auctoritate et jurisdictione". La facilidad y casi naturalidad con la que la libertad de misión y el *liberum commercium* se convierten en un título jurídico del *bellum iustum*, y con ello en el derecho a la ocupación y la anexión pueden desprenderse de la comparación entre las tesis iniciales de Vitoria y su resultado final práctico: comp. *De Indis*, sect. III, "de titulis legitimis quibus barbari potuerint venire in ditionem Hispanorum", sobre todo 7 y sigs. El derecho a la toma de la tierra aparece en la Septima Conclusio de Vitoria, o sea en la exposición de los títulos jurídicos para el avasallamiento de los bárbaros por los españoles (puesto que éstos, ante la oposición de los bárbaros a conceder la libre misión y el libre comercio, libran una guerra justa). A ello nos referiremos de nuevo en el siguiente capítulo.

2. El tipo histórico de las llamadas líneas de amistad se refiere asimismo a la toma europea de la tierra y del mar en el Nuevo Mundo, pero se basa en supuestos completamente distintos. Las líneas de amistad que entran en consideración aquí surgen por primera vez en una cláusula secreta —acordada al principio sólo verbalmente— añadida al Tratado hispano-francés de Cateau-Cambrésis (1559)[31]. Pertenecen esencialmente a la época de las guerras de religión entre las potencias marítimas católicas y protestantes que efectuaban ocupaciones de tierra. Durante el siglo XVII constituyen una parte importante para el Derecho de Gentes europeo. Los teóricos del Derecho de Gentes de aquella época no saben en realidad qué hacer con ellas y las mencionan ocasionalmente en relación con el "armisticio"[32]. Sin embargo, en muchos tratados importantes entre las potencias europeas que llevan a cada tomas de la tierra son reconocidas expresamente estas líneas[33]. Aún cuando se renuncia a ellas y se conviene (como por ejemplo en el Tratado anglo-español del 15 de noviembre de 1630) que también han de ser devueltas las presas hechas más allá de la línea ecuatorial[34], queda vigente para esta época el principio de que los tratados, la paz y la amistad se refieren únicamente a Europa, es decir, al viejo mundo, al ámbito a este lado de la línea. En ocasiones, aún los españoles hicieron valer su criterio de que los tratados vigentes en otros casos no eran válidos en las "Indias" puesto que aquello era un "Nuevo Mundo"[35]. El hecho de que la línea, por lo demás, abría el campo, sobre todo, a los "privateers" ingleses para sus expediciones en busca de botín es comprensible y generalmente

[31] Véase Davenport, doc. 21, lug. cit., I, págs. 219 y sig.

[32] Así, Pufendorf, *Jus Naturae et Gentium*, VIII, cap. 7: un armisticio es general en la mayoría de los casos, pero también puede estar limitado localmente. La cuestión de las "líneas" en la Ciencia del Derecho de Gentes de los siglos XVII y XVIII aún no ha sido investigado monográficamente.

[33] Así, en las negociaciones anglo-españolas y en el tratado franco-español de 1604, Davenport, I, pág. 248.

[34] Davenport, I, pág. 306, cuya nota acerca de este tratado en el índice de materias puede causar la impresión errónea de que con ello terminaban las líneas de amistad, lo cual, naturalmente, no era el caso.

[35] Davenport, lug. cit., pág. 248 (en el año 1604, con motivo del tratado hispano-inglés del 18-28 de agosto de 1604).

conocido. De manera específica, el Gobierno francés, en su actitud puramente política durante las guerras de religión del siglo XVII, tenía motivos importantes para basarse en la "línea", pues el hecho de que el Cristianísimo Rey católico de Francia se uniera a herejes peligrosos y piratas salvajes, a filibusteros y bucaneros en contra del Rey Católico de España y saqueara con tales aliados ciudades españolas en América, sólo podía explicarse con el argumento de que las expediciones de estos piratas se llevaban a cabo "al otro lado de la línea"[36].

En el sentido geográfico, estas líneas de amistad transcurrían en el Sur por el Ecuador o por el Trópico de Cáncer, en el Oeste por un grado de longitud trazado por el Océano Atlántico través de las Islas Canarias o las Azores, o bien eran una combinación de las líneas meridional y occidental. El problema cartográfico de la determinación exacta de la línea era muy importante, sobre todo en el Oeste, y precisaba regulaciones oficiales expresas. Así, el cardenal Richelieu dio a conocer una declaración del rey de Francia, del 1 de julio de 1634, por la cual se les prohibía a los navegantes franceses atacar navíos españoles y portugueses a este lado del trópico de Cáncer y se les permitía expresamente hacerlo más allá de estas líneas, mientras los españoles y portugueses no autorizaran el acceso libre en sus tierras y mares en las Indias y en América. Se prohíbe a todos los pilotos, hidrógrafos y grabadores de mapas y globos cambiar los antiguos meridianos en cualquier sentido o trazar otro meridiano occidental que el antiguo meridiano cero ptolemaico, que transcurre por la Isla de Fierro del Archipiélago canario. Además, se prohíbe expresamente desplazar, bajo ningún concepto, el meridiano del Oeste hacia las Azores[37].

[36] Comp. el escrito del rey de Francia en la obra de Moreau de Saint-Mercy, *Loix et Constitutions des Colonies Françaises de l'Amérique sous le vent, I* (1550-1703), París, 1784, pág. 179.

[37] Moreau de Saint-Mercy, lug. cit., págs. 25-27. La disposición de Richelieu se basa en las deliberaciones de un congreso científico y es bien conocida en la historia de la geografía. Sin embargo, la correlación con la cuestión de las líneas de amistad, importante en el aspecto político y del Derecho de Gentes, no se destaca, en la mayoría de los casos, en las obras de los geógrafos; comp. p. e. Hermann Wagner, *Lehrbuch der Geographie*, décima edición, tomo I (1920), pág. 65.

En esta línea terminaba Europa y comenzaba el Nuevo Mundo. Aquí terminaba el Derecho europeo, en todo caso el Derecho público europeo. En consecuencia, también terminaba aquí la acotación de la guerra conseguida por el Derecho de Gentes europeo y comenzaba la lucha desenfrenada en torno a la toma de la tierra. Más allá de la línea comienza una zona "ultramarina" en la que, por faltar toda barrera jurídica de la guerra, sólo rige el derecho del más fuerte. La particularidad típica de estas líneas de amistad reside en que, contrario a la raya, delimitan un espacio de beligerancia entre las dos partes contratantes que efectúan tomas de la tierra, precisamente porque éstas carecen de cualquier otro supuesto común o cualquier autoridad común, si bien, en parte, viven aún del recuerdo de la unidad cristiana común de Europa. Lo único en lo que están prácticamente de acuerdo los *partenaires* de tales relaciones es la *libertad* de los nuevos espacios que comienzan al otro lado de la línea. La libertad consiste en que la línea delimita una zona de aplicación libre y desconsiderada de la violencia. El supuesto lógico, desde luego, es el de que únicamente soberanos y pueblos europeos cristianos pueden participar en la toma de la tierra en el Nuevo Mundo y ser *partenaires* de tales tratados, pero la unidad entre los soberanos y pueblos cristianos que ello implica no se basa ni en una instancia común, concreta y legal de arbitraje, ni en otro principio de atribución que el derecho del más fuerte y la ocupación que finalmente es efectiva. De aquí tenía que surgir necesariamente la idea general de que todo lo que sucede "más allá de la línea" queda también fuera de las valoraciones jurídicas, morales y políticas que están reconocidas a este lado de la línea. Ello significa un extraordinario *descargo* en cuanto a la problemática europea interior, y en este descargo reside el sentido, para el Derecho de Gentes, del famoso y desacreditado concepto *beyond the line*.

Un análisis jurídico-científico más detallado revela, en relación con las líneas de amistad de los siglos XVI y XVII, *dos* tipos de espacios *libres* en los que se desarrolla la actividad desenfrenada de los pueblos europeos: en primer lugar, un espacio ilimitado de tierra *libre*, el Nuevo Mundo, América, la tierra de la libertad, es decir, un espacio para la toma libre del suelo por los europeos en el que no rige el derecho "antiguo"; y en

segundo lugar, el *mar* libre, los océanos recién descubiertos, que son considerados por los franceses, los holandeses y los ingleses como un ámbito de libertad. La libertad de los mares es, para el Derecho de Gentes, un problema de ordenación del espacio de importancia primordial. Sin embargo, los juristas del Derecho romano, cuyo modo de pensar estaba totalmente sujeto a lo terrestre, provocaron inmediatamente la confusión por medio de conceptos civilistas como "res communis omnium" y "cosas de uso común". También los juristas ingleses de esta época, como Zouch y Selden, aún enfocan esta cuestión desde el ángulo de vista terrestre. En realidad, lo que se impone en el siglo XVI, respecto a la libertad de mares, no es el Derecho romano, sino una cosa totalmente distinta, o sea, el antiguo hecho elemental de que el derecho y la paz sólo rigen originalmente sobre la tierra. A esta nueva libertad de los mares nos volveremos a referir más adelante. Pero sobre el suelo firme de la "nueva tierra", sobre el suelo americano, tampoco existía aún, para los europeos cristianos, un derecho asentado en el lugar. Para ellos sólo existía allí aquel derecho que llevaran y transmitieran a aquellas tierras los conquistadores europeos, sea a través de su misión cristiana,sea mediante la aplicación de una jurisdicción y administración ordenadas en el sentido europeo. Sobre esta vinculación entre dos espacios "nuevos", es decir, espacios no incorporados en la antigua ordenación de la tierra firme europea y "libres" en tal sentido, se basaba la estructura del Derecho de Gentes europeo que surgía entonces.

La consecuencia de esta delimitación de espacios libres reconocida por gobiernos cristianos fue una tremenda alteración general de todos los principios tradicionales espirituales y morales. La catástrofe se refleja en todas las nuevas teorías y formulaciones del siglo XVII, o sea, las modernas ideas que rompen el marco de las viejas fórmulas procedentes de la Antigüedad o de la Edad Media cristiana. Muchas de estas nuevas ideas del siglo XVII son consideradas hoy como abstractas y, como tales, son citadas con frecuencia. Su relación histórica con los espacios "libres" del mismo siglo y con la delimitación de zonas bélicas es ignorada en la mayoría de los casos o ha caído totalmente en olvido. Por ello, serán citados y rectificados a continuación algunos ejemplos.

En primer lugar, ha de mencionarse la famosa frase de

Pascal: "Un meridiano decide sobre la verdad"[38]. No debe pensarse que esta expresión de dolor y de extrañeza esté basada en un escepticismo relativista general que sólo tiene en cuenta el hecho de las numerosas desviaciones del Derecho positivo en los distintos países y épocas. No se trata de semejantes banalidades, sino más bien del hecho, conmovedor para un hombre que razona como Pascal, de que soberanos y pueblos cristianos habían llegado al acuerdo de considerar como inexistente, para determinados espacios, la diferencia entre justicia e injusticia. El meridiano de Pascal no es, en realidad, otra cosa que el meridiano de las líneas de amistad de su época, que efectivamente abrió un abismo entre la libertad —o sea, la ausencia de derecho en un estado natural— y el ámbito de un estado "civil" ordenado.

Un segundo ejemplo de las consecuencias de estas líneas de amistad está contenido en la teoría del estado natural que Hobbes expone en su construcción del Estado. Para este autor, el estado de naturaleza es un ámbito de ogros. El hombre es aquí, para el otro hombre, un lobo, lo mismo que, "más allá de la línea", el hombre se convierte en animal salvaje frente a otro hombre. La palabra *homo homini lupus* tiene una larga historia que, en relación con la toma de la tierra en un mundo nuevo, adquiere de repente actualidad y virulencia. Según observaremos más adelante, Francisco de Vitoria se expresó en sus *Relecciones de Indis* (1538) en contra de la vieja fórmula *homo homini lupus*, que se remonta a Plauto y Ovidio, oponiéndole el *homo homini homo*. Vitoria dice: "Non enim homini homo lupus est, ut ait Ovidius, sed homo". Niega el fraile español tanto el *homo homini lupus* como el concepto contrario de *homo homini Deus* (Plinio, *Hist. nat.*, II, 7). Este último fue citado posteriormente por Bacon y Hobbes, y finalmente lo utilizó L. Feuerbach (*Das Wesen des Christentums*, 1841, pág. 402). A mediados del siglo XIX, este concepto quedaría eliminado por un contemporá-

[38] En un relación más amplia el pasaje dice: "Trois degrés d'élévation du Pôle renversente toute la Jurisprudence. Un Méridien décide de la vérité, ou peu d'années de possession. Les loi fondamentales changent. Le droit a ses époques. Plaisant justice qu'une rivière ou une montagne borne! Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà". (La edición Faugère coloca entre "possession" y "les lois fondamentales" una coma en lugar de un punto).

neo de Carlos Marx, MAX STINER (*Der Einzige und sein Eigentum*, 1845). Pero en los siglos XVI y XVII, el *homo homini lupus* cobró un sentido concreto por el hecho de las líneas de amistad, pues entonces obtuvo un espacio de vigencia abierta e inequívoca, reconocido por gobiernos cristianos europeos. El *homo homini lupus* de Tomás Hobbes fue la respuesta del siglo XVII —que surgía de un espacio de libertad recién descubierto— a la negación de esta fórmula pagana por Vitoria. Es evidente que Hobbes no solamente se encuentra bajo la impresión de las guerras civiles confesionales en Europa, sino también bajo el impacto de la aparición de un Nuevo Mundo. Habla del "estado de naturaleza", pero de ningún modo en el sentido de una utopía sin espacio. El estado natural de Hobbes es una *tierra de nadie*, pero no es por ello, en modo alguno, una cosa que no está *en ninguna parte*. Es localizable, y Hobbes lo localiza también, entre otros lugares, en el Nuevo Mundo. En el *Leviathan*, los americanos son mencionados expresamente como ejemplo del carácter de lobo del hombre en estado natural, y en el *Behemoth* se habla de las atrocidades de que se hicieron culpables los católicos españoles en el Imperio de los Incas. En otros lugares, sin embargo, sobre todo en la fase posterior de la evolución de su pensamiento, la elaboración conceptual va más allá de la experiencia concreta de tiempo y espacio. El estado de naturaleza ya no es tratado como hecho histórico concreto, sino como una construcción pensada sólo hipotéticamente, pero esto no anula la vinculación histórica —importante para nosotros— con el hecho de las líneas de amistad[39].

[39] "Nonne hodie multis in locis ita vivitur? Americani... ita vivunt", *Leviathan*, cap. 13. En mi libro *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes*, Hamburgo, 1938, aún no tuve en cuenta, en la exposición de la teoría del estado de naturaleza de Hobbes, la relación histórica con las líneas de amistad. Sin embargo, desde el ángulo de vista histórico-filosófico, también es muy importante esta relación. La construcción del Estado de Hegel aún está orientada en la dirección de la construcción hobbesiana. Para Hegel, por lo tanto, América es un ámbito de la sociedad burguesa sin Estado (comp. las exposiciones ulteriores en el texto). El mejor conocedor de Hobbes, TÖNNIES, ha demostrado en su magistral ensayo *Hobbes und das Zoom Politikon* ("Zeitschrift für Völkerrecht", XII, 1923, págs. 471 y sigs.) cómo fue Hobbes "interiorizando" cada vez más su concepción del estado de naturaleza en el curso de la evolución. Ello es cierto, pero no es preciso que nos mueva a establecer antítesis estériles del ser y el pensar o a hacer aquellas distinciones con cuya ayuda los epígonos neokantianos han vaciado la Filosofía del Derecho de todo su contenido histórico. Un erudito como Tönnies estaba muy distanciado de este decadentismo. El propio Hobbes sólo puede ser comprendido históricamente desde la perspectiva de su época, de cuyos signos forman parte las *líneas* y los nuevos espacios infinitos de una *libertad* que entonces era muy concreta. Con ello no queda excluido que Hobbes, en relación con su "estado natural», piense simultáneamente en la anarquía de las circunstancias feudales de la Edad Media tardía. Esta relación histórica entre el estado de naturaleza y el feudalismo ha sido destacada con razón por LEO STRAUSS, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, tomo 67 (1932), págs. 738-39, y FRANZ BORKENAU, *Der Übergang vom feudalen zum bürgerlichen Weltbild*, París, 1934, pág. 458.

Como tercer ejemplo de los efectos de estas líneas de amistad ha de mencionarse, en último término, una extraña frase de John Locke, el gran adversario de Hobbes. En Locke, las concepciones del "estado de naturaleza" también están ligadas históricamente a las ideas del "Nuevo Mundo", sólo que este estado natural ya se ha convertido en un estado social plenamente tolerable, no correspondiendo ya al antiguo *beyond the line*. No debe olvidarse que la obra de Locke ya se aproxima a la época de los Tratados de paz de Nimega y Utrecht (1713), es decir al final de la época de los héroes de la piratería. No obstante, ha de tenerse en cuenta por otra parte, en la valoración histórica de su teoría del estado natural y de su construcción de la sociedad, aquella extraña frase que esclarece de la mejor manera la situación histórica del espacio dentro de la que Locke razona realmente: en el principio, todo el mundo era América. "In the beginning, all the world was America"[40]. Esta frase de un supuesto racionalista es formulada a principios del siglo XVIII. Más adelante analizaremos aún el sorprendente cambio de interpretación que se produjo hacia el final de dicho siglo tanto en lo que se refiere a las ideas acerca del estado de naturaleza como a su emplazamiento en América, en el Nuevo Mundo.

El sentido, para el Derecho de Gentes, de las líneas de amistad de los siglos XVI y XVII residía en el hecho de que grandes espacios de libertad eran delimitados como zonas bélicas para la lucha en torno a la distribución de un mundo nuevo. Como justificación práctica, podía aducirse que la delimitación de una zona bélica libre significaba una exoneración para el ámbito del Derecho público europeo, como esfera de paz y de orden, que

[40] *On Civil Government*, II, párr. 49; véase la disertación científico-jurídica de Emil Roos, presentada en Berlín, acerca de la teoría del tratado y del estado natural de John Locke, 1943.

de este modo no era amenazado tan directamente por los acontecimientos más allá de la línea como en el caso de que tal delimitación no hubiera existido. El establecimiento de una zona bélica extraeuropea servía, pues, a la acotación de la guerra europea, y éste es su sentido y su justificación para el Derecho de Gentes.

Por lo demás, puede decirse que en el aspecto histórico-jurídico, la idea de la delimitación de un espacio de acción liberado de refrenamientos jurídicos, de una esfera de utilización de la violencia que quedaba excluida del Derecho, responde a un modo de pensar que, si bien es muy antiguo, ha seguido siendo típicamente inglés hasta los tiempos más recientes, mientras que era cada vez más extraño al pensamiento jurídico y legístico, referido al Estado, de las naciones europeas continentales. Aún hasta el presente, el Derecho inglés ha conservado el sentido de las particularidades de los distintos *status* territoriales, en todo caso en mayor grado que el pensamiento jurídico continental, que en el siglo XIX ya no reconocía más que un solo *status* del suelo, o sea, "territorio estatal". La diversidad de las posesiones coloniales, las distinciones entre dominios y no-dominios mantenían vivo el interés por las ordenaciones específicas del espacio y por las diferencias del *status* territorial. El Derecho inglés distinguía asimismo claramente el ámbito del suelo inglés, como ámbito espacial de vigencia del Common Law, de otros ámbitos espaciales y consideraba al Common Law como *Law of the Land*, como *lex terrae*. El poder del rey era considerado absoluto en el mar y en las colonias, mientras que en cuanto al propio país, estaba sometido al Common Law y a las barreras institucionales o parlamentarias del Derecho inglés. El objeto de la primera disputa de la oposición parlamentaria contra el rey Jacobo I era la cuestión de si éste podía extender el ámbito del mar para poder imponer derechos de aduana según su parecer y sin limitaciones parlamentarias. Arthur Duck aún defiende hacia 1650 el criterio de que en el mar no rige el

[41] Aquellos que eran condenados a muerte por los tribunales del Almirantazgo por asesinato, piratería u otros crímenes no perdían por esta razón sus bienes, ya que el Derecho romano no conocía este efecto de la pena, mientras que las leyes inglesas determinaban expresamente de forma distinta; comp. Ernest Nys, *Le droit romain, le droit des gens et le Collège des docteurs en droit civil*, Bruselas, 1910, pág. 65.

Derecho territorial, sino el Derecho romano[41]. Esta limitación de la validez del Derecho a la tierra y al suelo propio se basa en una antigua tradición histórico-jurídica y ha sido caracterizada, según un concepto sociológico, como "moral interna"[42]. En mi opinión, aquí se trata únicamente de la antigua frase de que "todo derecho sólo es derecho en el lugar justo". Por ello es más adecuado, desde el punto de vista histórico, tener en cuenta la relación entre ordenación y asentamiento y la vinculación de todo derecho al espacio. Así, se perfila mejor la idea de la *amity line* y de un espacio delimitado, libre, es decir, carente de derecho, como contraposición clara a un derecho antiguo, o sea asentado en un mundo antiguo.

La construcción inglesa del estado de excepción, la llamada "Martial Law", también está basada, de manera evidentemente análoga, en la concepción de un espacio delimitado, libre y vacío. En Francia, el estado de excepción, como estado de sitio, se convirtió en el transcurso del siglo XIX en una institución jurídicamente regulada. En cambio, el Martial Law del Derecho inglés continuó siendo un ámbito, temporal y espacialmente determinado, de suspensión de todo derecho. En el aspecto temporal esta delimitado, frente al período de tiempo del ordenamiento jurídico normal, por la proclamación del derecho de guerra al principio y un acto de indemnidad al final, y en el aspecto espacial, por una indicación exacta del ámbito de validez; dentro de este ámbito local y temporal puede suceder todo aquello que, según la situación, parezca efectivamente necesario[43]. Existe un símbolo antiguo significativo de este hecho, que también fue destacado por Montesquieu: la estatua de la libertad o de la justicia es cubierta por un período determinado.

Por otra parte, también las concepciones del mar libre, del comercio libre y de la economía mundial libre, con la idea de un

[42] Así, Michel Freund en su ensayo —que por cierto es excelente— *Zur Deutung der Utopie des Thomas Morus*, "Historische Zeitschrift", 142 (1930), pág. 255.

[43] Acerca de la construcción inglesa del Martial Law (en contraposición a los intentos de normalización e institucionalización del estado de sitio en el Estado de Derecho continental): Carl Schmit, *Die Diktatur* (1921), segunda edición, 1925, pág. 174; Carl Heck, *Der Ausnahmezustand in England*, en "Das Recht des Ausnahmezustandes im Auslande", Beiträge zum Ausländischen Öffentlichen Recht und Völkerrecht, cuad. 9, 1929, págs. 192 y sigs.

margen libre para la competencia libre y la explotación libre, guardan una relación histórica y estructural con tales conceptos del espacio[11]. Los espacios "libres" que surgen de este modo pueden ofrecer la bella imagen de un ámbito en el que se miden las fuerzas, pero también pueden convertirse en un tremendo caos de destrucción mutua. Esto es cuestión de las construcciones, que valoran de distinto modo, y del libre juego de la fuerzas. En la filosofía del Estado de Hegel, el Estado es caracterizado como un imperio de la moral y de la razón objetiva que se alza sobre la sociedad burguesa, no-estatal, la cual aparece en Hegel y Marx como el reino animal de un egoísmo desconsiderado y, en este sentido, libre. Ha de observarse, en este contexto, que en las lecciones de Hegel sobre la filosofía de la historia, precisamente América es señalada, en sentido específico, como espacio de la sociedad burguesa que todavía no es estatal. En el aspecto histórico-espiritual, todo ello es una consecuencia de la contraposición— que se imponía en el siglo XVI— entre un ámbito de libertad agonal y una sociedad burguesa libre, por una parte, y el Estado como imperio de la razón objetiva, por otra. Al propio tiempo, es un ejemplo de las numerosas variaciones en las que la diferenciación de Hobbes entre el estado natural y el estado civil pervive y adquiere importancia práctica, en el siglo XIX, para la relación entre la política y la economía como dos ámbitos diferentes.

3. La tercera y última línea global es la del *hemisferio occidental*. Esta línea es, en el aspecto del Derecho de Gentes, el primer golpe del Nuevo Mundo contra el mundo antiguo, pero en sus orígenes aún se halla en una correlación histórica y dialéctica con las líneas anteriores. Las líneas de partición hispano-portuguesas, así como las líneas de amistad inglesas formaban parte, según se ha señalado anteriormente, de las tomas europeas de la tierra en un mundo nuevo. Constituyen divisiones del espacio que regulan esencialmente las relaciones entre las potencias europeas que toman posesión de la tierra. La *raya* latina tenía un sentido distributivo, pues en el Tratado de Tordesillas (1494) es llamada "línea de la partición del mar". En cambio, la *amity line* inglesa posee un carácter agonal. La delimitación de un ámbito de lucha desconsiderada era, como ya se

[11] *Zeitschrift für Völkerrecht*, XXIV (1940), págs. 64 y sig.

ha mencionado, la consecuencia lógica de que entre las potencias que ocupaban tierra no existiera ni un principio reconocido de distribución ni tampoco una instancia común de arbitraje para la división o atribución. Mientras aún existe un resto de comunidad espiritual entre los europeos que efectúan tomas de la tierra, puede llevarse a la realidad el concepto de "descubrimiento". La ocupación efectiva, es decir el *status quo* de la propiedad, estatalmente consolidado, se convierte finalmente en el siglo XIX en el único título de adquisición. Hasta entonces, el descubrimiento y el concepto de "ocupación", tan discutido por el Derecho romano y el Derecho civil, constituyen el único título jurídico para la toma de la tierra libre. Ello tiene dos consecuencias: en primer lugar, ha de lucharse en caso necesario durante largo tiempo hasta ser aceptada la toma de una tierra por el competidor como real y permanente o incluso reconocida formalmente, y en segundo lugar, la guerra es valorada legalmente en virtud de su resultado, es decir se convierte en el medio reconocido para una modificación del *status quo* del estado respectivo de propiedad. Sobre el fondo de las líneas globales, era alcanzada una racionalización, humanización y juridificación, o en otra palabra, una acotación de la guerra. Según observaremos más adelante, ello se produjo, al menos en cuanto a la guerra continental del Derecho de Gentes intraeuropeo, gracias a la limitación de la guerra a una relación militar entre un Estado y otro.

Sólo después de haber quedado establecida en el suelo europeo la nueva ordenación del espacio referida a Estados, surgió la tercera y última línea global: la del *hemisferio occidental*. Con ella, el Nuevo Mundo se independiza de la ordenación tradicional del espacio del Derecho de Gentes europeo y centrado en Europa, poniendo así en duda, fundamentalmente, esta antigua ordenación como tal. Este proceso ya se inicia, en el aspecto histórico-espiritual, en el siglo XVIII con la Guerra de Independencia y la transferencia del estado natural de Rousseau a los Estados que se liberaban de Inglaterra y Europa. No obstante, las consecuencias prácticas de esta línea global del hemisferio occidental no comenzaron a manifestarse hasta el siglo XIX, desplegándose después abierta e irresistiblemente en el siglo XX. Por este motivo, es preciso analizar primeramente el desarrollo de la ordenación del espacio del Derecho de Gentes europeo interestatal y de la acotación de la guerra conseguida

por éste último. Sólo entonces, y sobre todo en la contraposición de los distintos conceptos de la guerra, podremos apreciar la trascendencia de esta línea del hemisferio occidental para el Derecho de Gentes. Es la línea a raíz de la cual se consiguió derribar la ordenación del espacio del mundo europeo e introducir un nuevo concepto de guerra en la historia mundial.

2. La justificación de la toma de la tierra en un Nuevo Mundo (Francisco de Vitoria)

Durante cuatrocientos años, del siglo XVI al siglo XX, ha sido determinada la estructura del Derecho de Gentes europeo por un proceso fundamental: la conquista de un mundo nuevo. Naturalmente, en aquel entonces, lo mismo que en tiempos posteriores, se produjeron numerosas discusiones sobre cuestiones jurídicas y morales relacionadas con ello[45]. Asimismo, existen numerosas tomas de posición individuales acerca de la justicia o injusticia de la Conquista. No obstante, puede afirmarse que el propio problema fundamental, es decir, la cuestión de la *justificación de la toma europea de la tierra* en general, ha sido elegida, con poca frecuencia, ex profeso como objeto de una discusión moral o jurídica sistemática. En realidad, no existe más que un solo estudio, sistemático en este sentido y al propio tiempo monográfico, que enfoca abiertamente el problema del Derecho de Gentes y formula directamente la pregunta fundamental acerca de los títulos jurídicos de la gran toma de la tierra que entran en consideración, contestándola según todas las reglas del método escolástico. Esta exposición data de los primeros tiempos de la Conquista: son las famosas *Relecciones de Indis et de iure belli* (1538-39), de Francisco de Vitoria. Por el valor espiritual de su autor para la formulación del interrogante y por la perfección de su método escolástico, ejercieron influencia en

[45] Una relación de la literatura del siglo XVI está incluida en el *Cuerpo de documentos del siglo XVI sobre los Derechos de España en las Indias y Filipinas*, de Lewis Hanke, edit. por Agustín Millares Carlo, Méjico, 1942, págs. 315-336; además, en la obra de Lewis Hanke, *The Spanish Struggle for Justice*, Filadelfia (University of Pennsylvania Press), 1949. Véase una exposición de las distintas argumentaciones en la obra de Joseph Höffner *Christentum und Menschenwürde das Anliegen der spanischen Kolonialethik im goldenen Zeitalter*, Trier, 1947.

todas las discusiones ulteriores y las sometieron a su poder. Sin embargo, también han sido interpretadas de modo erróneo en muchos casos y utilizadas de maneras distintas.

Las tesis de Vitoria están relacionadas con una discusión teológico-escolástica y pertenecen a la época de la escolástica española tardía. Hasta ahora, la literatura carece de una exposición general acerca de este gran fruto del pensamiento europeo que abarca las épocas de Carlos V y Felipe II. Según ha señalado el teólogo alemán Karl Eschweiler, gran conocedor de la escolástica tardía, tal exposición general "sólo podía haber sido escrita en España y por españoles"[46]. Me propongo analizar en este lugar,desde el ángulo de vista de la ciencia actual del Derecho de Gentes, la posición histórico-jurídica de Vitoria y la utilización, para la ciencia del Derecho, de sus Relecciones tan frecuentemente citadas, cuya interpretación tiene su propia historia.

1. La primera impresión que las Relecciones causan al lector de hoy es la de una extraordinaria imparcialidad, objetividad y neutralidad, de tal modo que la argumentación ya no muestra un carácter medieval, sino "moderno". Siete "tituli *non* idonei *nec* legitimi" y otros tantos "tituli legítimi" son analizados con minuciosidad distinta, pero con la misma objetividad[47]. Todos los títulos jurídicos del Papa y del Emperador que se derivan de una reclamación del dominio universal son rechazados, con toda naturalidad, como impropios y no legítimos. En el curso de la argumentación acerca de los demás temas, se confirma esta impresión de una completa objetividad y neutralidad. En especial, es subrayado en todo momento que los indígenas de América, aun siendo bárbaros, son no obstante seres humanos al igual que los europeos que efectúan tomas de la tierra. Son personas y no animales. Con ello, es rechazado, aunque sin una expresa re-

[46] Karl Eschweiler, *Die Philosophie der Spätscholastik*, en "Spanische Forschungen der Görresgesellschaft", tomo 1, pág. 264.

[47] Los "7 tituli non idonei nec legitimi" son: dominio mundial imperial, dominio mundial papal, "ius inventionis" (descubrimiento), rechazo del cristianismo, crímenes de los bárbaros, supuesta libre aprobación por parte de los indios y concesión divina especial. Los "7 tituli idonei ac legitimi" para una guerra justa son: "ius commercii, ius propagandae fidei, ius protectionis (scil. de los indios convertidos al cristianismo), ius mandati (encargo papal), ius interventionis (contra tyrannos), ius liberae electionis y ius protectionis sociorum".

ferencia, un determinado tipo de argumentación que ya era expuesto con frecuencia en aquel entonces, sobre todo en las diferentes justificaciones de la Conquista por parte del historiógrafo de Carlos V y preceptor de Felipe II, el humanista Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573), para quien Las Casas era un "hombre enemigo" y un "sembrador de discordias". Sepúlveda caracterizaba a los indígenas como salvajes y bárbaros, para calificarlos con esta argumentacion, apoyándose en Aristóteles, de seres sin derecho y convertir su suelo en objeto de una toma libre de la tierra. Ya en aquel entonces, al comienzo de la Conquista, se pretendía que los indios eran fetichistas, que practicaban el sacrificio humano, que eran caníbales y criminales de toda índole. La frase del *Primer Libro de la Política* (I, c. II, 13) de Aristóteles de que pueblos bárbaros son "esclavos por naturaleza" era citada con frecuencia, y a Sepúlveda se le reprocha incluso de haber formulado la frase "Los españoles están por encima de los bárbaros como el hombre está por encima de mono"[18]. El hecho de privar a los indios, por tales razones, de la condición de seres humanos tenía, pues, el sentido práctico de conseguir un título jurídico para la gran toma de la tierra y el avasallamiento de los indios, que, por cierto, también Sepúlveda considera como servidumbre y como esclavitud.

Este argumento aristotélico es, en su resultado, inhumano, pero está derivado de un determinado concepto de humanidad, o sea, el de la humanidad más elevada de los conquistadores.

[18] En el trabajo *Democrates alter (o secundus)*, que fue escrito en 1547, pero cuya impresión no fue autorizada (sobre todo debido a la oposición por parte de Las Casas); no fue impresa hasta 1892, siendo publicada por Menéndez Pelayo, bajo el título de *Democrates alter, sive Dialogus de justis belli causis adversus Indos*, en el "Boletín de la Real Academia de la Historia" (tomo XXI). El primer diálogo "Democrates", de Sepúlveda (*De convenientia militaris disciplinae cum Christiana religione dialogus qui inscribitur Democrates*) fue impreso en Roma en 1535; comp. T. Andrés Marcos, *Vitoria y Carlos* (1937), págs. 178 y sigs., y además E. Nys, *Les publicistes espagnols du* XVI *siècle et les droits des Indies*, "Revue de Droit International et de Lègislation Comparée", XXI (1899), pág. 550. Entre tanto, la literatura sobre Sepúlveda ha aumentado considerablemente. El libro de Manuel García Pelayo, *Juan Ginés de Sepúlveda y los problemas jurídicos de la conquista de América*, Méjico, 1941, no ha estado a mi alcance. Sobre la disputa entre Sepúlveda y Las Casas: P. Benno Biermann, O. P., *Die Neue Ordnung*, 2 (1948), págs. 36-37, y P. Honorio Muñoz, O. P., *Vitoria and the Conquest of America*, segunda edición, Manila, 1938, pág. 56 (la disputa de 1550 en Valladolid, en la que quedo vencido Sepúlveda); además, J. Höffner, lug. cit., 169, pags 177-180.

Tiene una interesante historia propia que merece por un momento nuestra atención especial. Su formulación clásica se debe al filósofo inglés Francis Bacon; cuyas frases incluyó Barbeirac en su comentario acerca del Derecho natural de Pufendorf; Bacon señala que los indios como caníbales, "están proscriptos por la propia naturaleza". Se encuentran fuera de la humanidad, "hors l'humanité", y fuera de la ley. No es en modo alguno paradójico que precisamente humanistas y personas humanitarias expongan tales argumentos inhumanos, pues la idea de la humanidad tiene dos aspectos. Es capaz de una dialéctica que con frecuencia es sorprendente. Por razones de la relación importante con el doble aspecto de la idea de la humanidad, recordaremos en este lugar que precisamente Bacon opuso a la frase "homo homini lupus" la otra frase "homo homini Deus". En el siglo XVIII alemán, humanitario, probablemente se hubiera empleado para este otro aspecto de la humanidad la palabra "Unmensch". Con esta palabra se agudizaba en aquel entonces la fuerza de desdoblamiento discriminativo de la ideología humanitaria. El desdoblamiento en hombres y no-hombres tenía, naturalmente, un sentido político y se podía apoyar, no sin razón, en la Política de Aristóteles. En esta forma de expresión e intensificación, ya no era cristiano, y no se impuso hasta la victoria de una filosofía de la humanidad absoluta en el siglo XVIII. Sólo con el hombre en el sentido de la humanidad absoluta surge, como el otro aspecto del mismo concepto, su nuevo enemigo específico: el "Unmensch". A la distinción entre el no-hombre y el hombre siguió más tarde, en la historia del hombre del siglo XIX, una escisión aún más profunda, aquella entre el "superhombre" y el "infrahombre". El superhombre entra en la historia de la humanidad trayendo consigo con necesidad dialéctica —lo mismo que el hombre al no-hombre— al infrahombre como un gemelo enemigo.

En la época de Francisco de Vitoria, el argumento de que los indios sólo eran caníbales y bárbaros estaba prácticamente muy divulgado y, en muchos casos, no carecía efectivamente de fundamentación, pero no obstante, aún no tenía, a pesar de Sepúlveda, la fuerza de desdoblamiento inhumano-humanitario que adquiriría en los siglos posteriores. El siglo XVI aún era demasiado profundamente cristiano, sobre todo los españoles con su devoción mariana y su veneración de la imagen de la Virgen Inmaculada y Madre de Dios. En la argumentación jurídica general de los siglos XVI y XVII, la discriminación inhumano-

humanitaria no se destaca en modo alguno como argumento central, si bien llegó a ser habitual la justificación de la colonización por la civilización más elevada de los europeos. No eran nada comunes en aquella época las discriminaciones basadas en argumentos biológicos. Pero es de interés el hecho de que Hugo Grocio afirmó en su disertación "De origine Gentium Americanarum" (1642) que los indios de Norteamérica eran de raza nórdica y descendían de los escandinavos. Sin embargo, esto no los ha salvado del exterminio.

Para el teólogo cristiano, se sobreentiende que los indígenas son seres humanos y portadores de un alma inmortal. San Agustín ya dijo que "gentes licet barbarae tamen humanae" (*Civitas Dei* I, 14). La fórmula antes citada *homo homini lupus* y la frase aristotélica de que algunos pueblos son "esclavos por naturaleza" son rechazadas por Vitoria por ser paganas, y a ambas les opone expresamente su *homo homini homo*[49]. Este "homo" triple tiene un sonido algo tautológico y neutralizante; ya suena erásmico, pero su sentido es aún cristiano. Así pues, no es de extrañar que Vitoria parta de la verdad cristiana y subraye que indios no cristianos no deben ser privados de la ley en favor de europeos cristianos. Pero la condición general de ser hombre no tiene que nivelar necesariamente las diferencias sociales, jurídicas y políticas que surgen en el curso de la historia de la humanidad. También Vitoria reconoce el hecho de que pueblos bárbaros precisan ser dirigidos. La guerra contra seres no-cristianos es, para él, una cosa distinta de la guerra entre cristianos. Todos los teólogos cristianos sabían que también los paganos, los sarracenos y los judíos eran seres humanos y, sin embargo, el Derecho de Gentes de la Respublica Christiana, con sus profundas distinciones entre varios tipos de enemigos y, en consecuencia, también entre las guerras, se basa en profundas diferencias entre los hombres y en una gran diversidad de su *status*.

No obstante, Vitoria, rechazando los criterios discrepantes de otros teólogos, equipara los no-cristianos a los cristianos también en el aspecto jurídico, o al menos en el aspecto del Derecho de Gentes. Ni el Papa, que sólo tiene un poder eclesiástico,

[49] "Non enim homo homini lupus est, ut ait Ovidius, sed homo", dice en la discusión del primer *titulus legitimus*, al final de la segunda *propositio* (Getino, I, págs. 384-5).

ni el Emperador, que en modo alguno es el señor del mundo, ni cualquier soberano cristiano puede disponer de los pueblos no-cristianos y de sus tierras. Los soberanos de aquellos países bárbaros, no-cristianos, poseen la misma jurisdicción y los habitantes indígenas tienen el mismo dominio sobre su suelo que los soberanos y pueblos de los países cristianos sobre el suyo. Este criterio se impuso generalmente entre los autores españoles y no españoles del siglo XVI. por lo tanto, el hecho de que los españoles profesan la religión cristiana no les confiere un derecho inmediato a la toma de las tierras de soberanos y pueblos no-cristianos. El derecho a la toma de una tierra surge, según Vitoria, únicamente de modo indirecto, es decir, a través de la argumentación de la guerra justa.

La no-discriminación de los no-cristianos no es extraña en modo alguno, según mencionado anteriormente, en un teólogo moralista cristiano. Pero en lo que se refiere a Vitoria, se trataba de cuestiones políticas que, en aquel entonces, eran de gran trascendencia, o sea la toma de la tierra en un mundo nuevo. Por ello, sus conclusiones teoréticas, a pesar de referirse solamente a la argumentación y evitar toda decisión práctica, pudieron causar extrañeza y ser interpretadas erróneamente, sobre todo si eran separadas de la situación concreta y de la unidad de pensamiento de una argumentación cuidadosamente ponderante, y generalizadas de manera abstracta como principios del Derecho de Gentes al estilo de un modo de pensar moderno, totalmente secularizado y neutralizado. La objetividad y neutralidad aparentemente ilimitadas de Vitoria, que se revelaban en sus extensas generalizaciones, tenían que provocar y fomentar, en consecuencia, generalizaciones aún más extensas. Explicaremos la argumentación neutralizadora de Vitoria a base de un ejemplo que refleja de la manera más evidente su método, abstracto para nosotros, o sea el análisis de la cuestión de si el descubrimiento como tal constituye un título jurídico para la adquisición de la tierra descubierta.

Para el estado de conciencia de los siglos XVI al XVIII, el *descubrimiento* representaba el verdadero título jurídico. Para Vitoria, no constituye un título legítimo para la adquisición, incluso como descubrimiento de un mundo nuevo. Al parecer, tampoco es motivo, según Vitoria, para una opción especial a la adquisición, ni tampoco para un principio de título jurídico, o

sea ni siquiera para aquello que, en el Derecho de Gentes de los siglos XIX y XX, sería denominado *inchoate title*[50]. Un acontecimiento que hoy consideramos como un tremendo fenómeno histórico no causó, al parecer, a Vitoria —un contemporáneo de este acontecimiento— ninguna impresión especial, en todo caso ninguna gran impresión moral. Tampoco habla Vitoria de que los descubridores y conquistadores españoles, con su gran devoción, llevaban consigo la imagen de la Virgen Inmaculada y Madre de Dios como imagen sagrada de sus hazañas históricas. La objetividad ahistórica del escolástico llega en este aspecto hasta el extremo de que ignora totalmente no sólo esta imagen cristiano-mariana, sino también el concepto humanitario, tan cargado de historia según el criterio moderno, del "descubrimiento". En el sentido moral, el Nuevo Mundo no es, para el, nuevo en modo alguno, y los problemas morales que implica son superados con los conceptos y medidas inalterables de su sistema de razonamiento escolástico. En la realidad histórica, la evolución ulterior de la lucha en torno a América ha sido determinada por líneas globales, sobre todo por las líneas de amistad o *amity lines*. Pero el reconocimiento e incluso el acuerdo de líneas al otro lado de las cuales terminaba toda distinción entre justicia e injusticia hubiera sido considerado por Vitoria, naturalmente, como un pecado y un tremendo crimen.

Asimismo, las diferenciaciones fundamentales dentro del concepto de "enemigo", las consiguientes diferenciaciones elementales entre guerras reguladas y no reguladas, las acotaciones

[50] Este concepto del *inchoate title* fue desarrollado en el siglo XIX, sobre todo por juristas ingleses (Travers, Twiss, Hall, Phillimore, Westlake, Oppenheim). De época más reciente, comp. acerca de este problema la obra de M. F. Lindley, *The Acquisition and Governmente of Backward Territory in International Law*, Londres, 1926, págs. 126 y sigs. donde se dice de modo general: "Discovery gives only an Inchoate Title". De la práctica de los tribunales internacionales ha de señalarse en especial la sentencia del presidente Max Huber del 28 de abril 1928 en la disputa americano-neerlandesa en torno a la isla de Las Palmas, así como la discusión, en la causa de Groenlandia, ante la Corte Internacional Permanente de La Haya (sentencia del 5 de abril de 1933); en esta relación vease Fuglsang, *Der Standpunkt der Parteien im Grönland-Konflikt*, "Zeitschrift für Politik", tomo 33 (1933), pág. 748, y Ernst Wolgast, *Das Grönland-Urteil des Ständigen Internationalen Gerichtshofes vom 5 April 1933*, en "Zeitschrift für Öffentliches Recht", VIII (1933), pág. 573; Fritz Berber, *Die Entdeckung im Völkerrecht*, "Greifswalder Rechtswissenschaftliche Abhandlungen", cuad. 3, 1933, págs. 63 y sig.

específicas de la guerra que surgieron dentro de la ordenación del espacio del Derecho de Gentes y que predominaron en ésta durante la Edad Media cristiana, parecen desvanecerse para Vitoria ante la igualdad de los seres humanos. Los españoles son y seguirán siendo los prójimos de los bárbaros y, por lo tanto, también con respecto a ellos existe el deber cristiano del amor al prójimo; todo ser humano es nuestro "prójimo". De ello se deduce moral y jurídicamente, en concreto, que todos los derechos de los españoles frente a los bárbaros también son válidos a la inversa, que son reversibles como *iura contraria*, como derechos de los bárbaros frente a los españoles, en reciprocidad absoluta. Si los cristianos y los no-cristianos, los europeos y los no-europeos, los civilizados y los bárbaros están en igualdad de derechos, todos los conceptos tienen que ser reversibles. En consecuencia, Vitoria afirma respecto al título jurídico del descubrimientos y de la ocupación lo siguiente: un título jurídico semejante (*sc. occupatio bonorum nullius*) no les sirve a los españoles en mayor grado que si, por el contrario, "los indios nos hubieran descubierto a nosotros" (*non plus quam si illi invenissent nos*)[51].

A pesar de ser expresada únicamente con respecto al título jurídico de la *occupatio*, esta afirmación suena hoy para nosotros como una agudización demasiado abstractamente neutral, indiferente y por lo tanto ahistórica. En otro lugar, Vitoria señala que, al igual que los españoles no tenían derecho a excluir a los franceses del comercio y del tráfico legal, tampoco los bárbaros tenían derecho a excluir a los españoles del comercio y del tráfico legal[52]. De todo ello parece deducirse que Europa ya no es para Vitoria el centro de la tierra que determina las medidas, y que Vitoria ya no reconoce la ordenación del espacio de la Respublica Christiana medieval, con su diferenciación entre el suelo de pueblos cristianos y el suelo de pueblos paganos e infieles. Aún hoy es comprensible que alguien se indigne ante la crueldad de Pizarro y escriba en una carta, como lo hiciera

[51] El pasaje se encuentra en la edición de las *Relecciones Teológicas del maestro fray Francisco de Vitoria* a cargo del Mtro. Fr. Luis G. Alfonso Getino, tomo II, Madrid 1934, pág. 333. En las impresiones del tomo I de la misma edición no he hallado este pasaje. Desde luego, todas las citas de Vitoria se suelen hacer bajo la reserva de la dificultad que consiste en la falta de una edición auténtica procedente del propio autor.

[52] Getino, I, 387; II, 334.

Vitoria refiriéndose evidentemente a Sepúlveda: "Los indios son hombres y no monos". Sin embargo, ha de preguntarse qué es lo que dirán los representantes de la civilización moderna respecto al hecho de que Vitoria no hable en absoluto del derecho de una civilización o cultura superior; que no hable de un derecho de dominio de los civilizados frente a los medio civilizados o los no-civilizados; y que no hable en absoluto de "civilización", un concepto que, desde el siglo XVIII al siglo XX, domina efectivamente toda una época del Derecho de Gentes europeo.

Aquí se revela el profundo antagonismo que existe entre un modo de pensar histórico, y en especial entre la filosofía humanitaria de la historia del siglo XIX, por una parte, y la argumentación ahistórica del escolástico, por otra. En las lecciones de Hegel sobre la Filosofía de la Historia aparece la frase de que la cultura de los mejicanos y peruanos "tuvo que hundirse en cuanto se le acercó el espíritu". Esta es una frase en la que se manifiesta la arrogancia de una filosofía idealista de la historia. Pero incluso un historiador del siglo XIX tan crítico y pesimista como Jacobo Burckhardt menciona también el "derecho real, admitido —según dice— por casi todos, de la cultura a la conquista y al avasallamiento de los bárbaros". La actitud de Vitoria es totalmente distinta. Ni siquiera la aparición de un nuevo continente y un nuevo mundo le induce a cualesquiera argumentaciones históricas basadas o bien en una visión cristiana de la historia, o en las ideas de una filosofía de la historia humanitario-civilizadora. La falta de toda visión de la historia en un momento histórico tan importante tuvo que conducir necesariamente a una suspensión y un desasentamiento de la imagen del mundo y de la historia, centrada hasta entonces en Europa, de la Respublica Christiana de la Edad Media.

2. No obstante, sería una interpretación errónea grave el pensar que Vitoria haya calificado a la gran Conquista española de injusticia. Desde luego, esta suposición es un error ampliamente divulgado. En algunos autores de edad más avanzada, esta interpretación errónea se explica por una hostilidad política frente a España; hoy día, sin embargo, sólo es explicable por una

[53] *Vitoria y Carlos V en la soberanía hispanoamericana*, Salamanca, 1937; *Mas sobre Vitoria y Carlos V en la soberanía hispano-americana*, Salamanca, 1942; *Final de Vitoria y Carlos V*, Salamanca, 1943.

simple superficialidad. T. Andrés Marcos, de la Facultad de Derecho de Salamanca, tiene el gran mérito de haber demostrado repetidamente los hechos verdaderos frente a una interpretación falsa divulgada y reiterada sin discernimiento[53]. El motivo principal de la actual interpretación errónea es la creencia moderna en el progreso y la civilización. Desde la destrucción de la visión cristiana de la historia a raíz de la Ilustración del siglo XVIII, esta creencia ha llegado a ser tan natural que muchos ya no comprenden lo distanciado que estaba Vitoria de conceptos como progreso y civilización, e incluso ni siquiera se dan cuenta de ello. Otras dificultades surgen por el hecho de que Vitoria sólo analiza títulos jurídicos y argumentaciones como tal, pero no los aplica a circunstancias concretas para decidir en consecuencia. Si a un oyente o lector superficial se le dice hoy día que ciertos títulos jurídicos alegados como motivación de la Conquista son rechazados por inapropiados, creerá que se trata de una no-aprobación general de la Conquista como tal. Si oye de la crítica de Vitoria respecto a las injusticias y crueldades relacionadas con la Conquista, la interpretará, al estilo de la crítica rousseauniana de la época o incluso de la propaganda moderna, como una condena general de esta Conquista en un sentido civilizador. En realidad, Vitoria llega, a pesar de su negación de siete títulos jurídicos (entre ellos, el derecho del emperador o del Papa sobre la tierra y la alegación de la inferioridad moral de los indios), a un resultado *absolutamente positivo* para la Conquista española. Sobre todo, no es, para él, insignificante en modo alguno el *fait accompli* de la cristianización ya realizada en gran medida[54].

[54] Vitoria no piensa en exigir la anulación de la conquista o incluso en recomendar a otro pueblo, como p. e. a lo franceses o ingleses, un mandato para la reparación y el castigo de los *in bello iniusto versantes*. También en este aspecto su intención se centra esencialmente en la veracidad de la argumentación y menos en la realidad de la situación político-histórica. Los distintos métodos prácticos del ejercicio del derecho de misión tampoco se diferencian en su obra tan claramente como en la discusión posterior de esta cuestión, en la que se enfrentan tres criterios: anunciación apostólica sin violencia alguna (punto de vista de Las Casas), avasallamiento previo de los pueblos entre los que se ejercerá la misión (la práctica de los conquistadores), y labor misionera bajo protección militar, es decir bajo escolta militar (punto de vista de Soto). Véase acerca de estas tres vías *de procuranda salute Indorum* sobre todo la exposición del misionero del Perú José de Acosta, S. J., 1588, en la obra de J. Höffner, lug. cit. págs. 246 y sigs.

La exposición, sin embargo, es completamente ahistórica, y el resultado positivo sólo es alcanzado en conceptos generales y con ayuda de argumentaciones hipotéticas a través de la construcción de una guerra justa. Es en este aspecto especialmente llamativo el carácter generalmente neutral y al propio tiempo hipotético de la argumentación. Si los bárbaros se oponen al derecho a la hospitalidad, a la libre misión, al libre comercio y a la libre propaganda, violan los derechos de los españoles que existen según el Derecho de Gentes, y si en tal caso no sirve de nada la persuasión pacífica por parte de los españoles, éstos tienen un motivo para librar una guerra justa. La guerra justa, por otra parte, facilita el título, basado en el Derecho de Gentes, para la ocupación y anexión del suelo americano y el avasallamiento de pueblos americanos. A ello se añaden otras razones para una guerra justa de los españoles contra los americanos, razones que —en el lenguaje moderno— serían alegadas para "intervenciones típicamente humanitarias", y que conducen a derechos de ocupación e intervención de los españoles cuando éstos defienden a personas que son sometidas injustamente por los bárbaros en sus tierras. Este derecho de intervención de los españoles es válido, en especial, cuando éstos actúan a favor de aquellos indios que ya se han convertido al cristianismo. Sobre la base de tales frases comunes y argumentaciones posibles puede justificarse, desde luego, la Conquista española en su totalidad. Pero ello seria, sobre todo, una cuestión de hechos y situaciones que el escolástico, sin embargo, deja abierta al no contestarla. Una discusión concreta debería conducir a un análisis de cada caso. La situación podría ser muy distinta, por ejemplo, respecto a Méjico y Cortés que respecto al Perú y Pizarro, de manera que la guerra en Méjico se revelaría posiblemente como guerra justa y la guerra en el Perú, en cambio, como guerra injusta. Pero la exposición escolástica se mantiene a una distancia normativa general de las circunstancias. Sus tesis se refieren únicamente a las argumentaciones discutibles, y sus conclusiones no se centran directamente en el caso histórico concreto y no lo deciden en absoluto a modo de sentencia judicial.

¿Cómo debemos explicarnos esta objetividad y neutralidad, que efectivamente son sorprendentes? Hemos de tener en cuenta su posición existencial, y no debemos confundirlas con una falta de supuestos al estilo moderno o la carencia de posición de una inteligencia de libre vuelo. Por ello, es preciso recordar, en un principio, que las Relecciones del gran dominico no representan un tratado jurídico al estilo de los estudios sobre el Derecho de Gentes de los siglos posteriores. Vitoria es teólogo y no quiere ser jurista, y menos aún quiere proveer argumentos en la disputa interestatal de los gobiernos. Habla de los juristas con cierta condescendencia[55]. Su intención práctica no es de ningún modo la de un síndico de la Corona o un abogado. Y menos aún se le debe colocar en un mismo plano espiritual con los juristas, conscientemente ateológicos, del moderno Derecho de Gentes interestatal, como Baltasar Ayala, Alberico Gentili o Richard Zouch.

El dominico español habla como un asesor espiritual y un preceptor que educa a futuros teólogos, sobre todo a asesores espirituales de personas políticamente activas. La relación de un confesor con la situación concreta del confesante es distinta de la de un asesor jurídico con su cliente o la de un funcionario de la justicia con un delincuente. Pero el hecho de que cuestiones de derecho, a pesar de ello, también pueden tener un significado, como cuestiones de conciencia, para personas activas, tiene un bello ejemplo en el testamento que Hernán Cortés dejó al morir a su hijo (1537), pues el Conquistador da en dicho testamento instrucciones detalladas para la indemnización de la injusticia de que fueron objeto los indios. Así pues, un guerrero como Cortés sabía de las cuestiones de conciencia, y también se atenía a los consejos de asesores espirituales teológicos. Pero aún así, es seguro que no hubiera consentido que el buen derecho de su conquista fuera puesto en duda jurídicamente y menos aún lo hubiera entregado a los abogados de un enemigo político.

Como teólogo, Vitoria plantea la cuestión del "derecho" a la conquista y de la *iusta causa belli* desde puntos de vista absolutamente teológico-morales, con una objetividad y neutralidad completamente apolítica, al menos a primera vista. Por ello, no es suficiente tener en cuenta únicamente, en términos generales, que Vitoria era un teólogo de la Iglesia y no un jurista estatal.

[55] El desprecio a los juristas era bastante frecuente en esta época. El gran Cisneros fundó la Universidad de Alcalá (1510) sin Facultad de Derecho. "Nam a civilibus et forensibus studiis adeo natura sua abhorrebat, ut multi serio affirmantem audiverint, quidquid illius disciplinae pectore concepisset, se si fieri posset libenter evomiturum". Comp. MARCEL BATAILLON, *Erasme et l'Espagne*, París, 1937, pág. 14.

No sólo hemos de cuidarnos, en general, de situar al gran teólogo en el espacio vacío de una objetividad neutral en el sentido moderno, sino que también tenemos que ver al dominico español en su situación histórica y en toda su existencia, y en su pensamiento muy concreto como órgano de la Iglesia católico-romana, es decir, como un órgano de la autoridad concreta, apoyada en el Derecho de Gentes, de la que la Corona de Castilla había recibido el encargo de la misión para el Nuevo Mundo, o sea el título jurídico para la gran toma de la tierra. La argumentación, aparentemente general y neutral, acerca de la guerra justa sólo toma su orientación decisiva y concreta en base al encargo de misión, y la generalidad abstracta de la argumentación no anula en modo alguno la realidad existencial de una posición histórica concreta.

El encargo papal de la actividad misionera fue, efectivamente, la base jurídica de la Conquista, y el Papa no fue el único en firmarlo. Los propios Reyes Católicos de España también reconocieron siempre la validez jurídica del encargo de la misión. En numerosas instrucciones y decretos dirigidos a su almirante Cristóbal Colón y a sus gobernadores y funcionarios hacen resaltar en primer lugar la obligación a ejercer la misión, y la cláusula, tan repetidamente alegada, del testamento de la reina Isabel de 1501 que la encarece muy especialmente. En la bula "Piae Devotionis" (de diciembre de 1501), el Papa transfirió a los Reyes Católicos el diezmo eclesiástico y les impuso en cambio la obligación del mantenimiento de los sacerdotes e iglesias. En una bula con el mismo nombre, del año 1510, determinó que no habían de pagar el diezmo sobre el oro y la plata procedente de las Indias, y en una bula de agosto de 1508 reguló el patronato de las Iglesias de América a cargo de los Reyes Católicos.

Todas estas regulaciones que sólo se mencionan aquí a título de ejemplos, pueden ser valoradas únicamente de acuerdo con el Derecho de Gentes de la Respublica Christiana de la Edad Media cristiana y no a base del Derecho internacional o interestatal actual, que establece una separación estricta y absoluta entre un *domaine exclusif* intraestatal y el Derecho de Gentes extraestatal. Según el Derecho interestatal actual, la relación entre la Corona de Castilla y la Iglesia romana es, en el fondo, completamente imposible de construir, pues el Derecho de Gentes actual, totalmente secularizado, se basa en la soberanía territorial de Estados que pueden concertar concordatos cada uno por

su parte, pero que ya no reconocen una autoridad común de índole religiosa, basada en el Derecho de Gentes, y tratan las cuestiones eclesiásticas como asuntos puramente intraestatales. Estos Estados soberanos han dividido entre ellos todo el suelo de la tierra firme; el espacio del mar es considerado libre, o sea libre de Estado y no ocupable. Por lo demás, el descubrimiento y la ocupación representan, para ellos, los únicos títulos jurídicos para una toma de la tierra que interesan en nuestra relación. El descubrimiento es negado expresamente por Vitoria como título jurídico de la toma de la tierra. La ocupación no es reconocida por Vitoria, desde un principio, como título jurídico porque el suelo de América no es, para él, libre y falto de dueño.

Así pues, el encargo papal de la misión constituye, aunque sólo indirectamente, o sea a través de la construcción de una guerra justa, el verdadero título jurídico de la conquista. En este sentido, la argumentación de Vitoria aún se apoyaba totalmente en la ordenación del espacio del Derecho de Gentes de la Respublica Christiana, que se basaba en la distinción del suelo de los soberanos y pueblos cristianos. A través de todos los siglos de la Edad Media cristiana, la diferenciación entre el suelo de soberanos y pueblos cristianos y el de no-cristianos continúa siendo fundamental para la ordenación del espacio de la Respublica Christiana medieval y se conserva viva en su conciencia. En consecuencia, la guerra que libran los soberanos cristianos entre sí es para tal Derecho de Gentes una guerra acotada y, naturalmente, algo distinto de una guerra entre cristianos y no-cristianos. Para las tierras de soberanos y pueblos no-cristianos, el Papa podía confiar mandatos de misión o de cruzada de los que se derivaba, según el Derecho de Gentes, la justificación de la guerra y con ello la base para una adquisición legítima de territorios. De este modo, los emperadores alemanes ya obtuvieron del Papa, en el siglo x, en la época de los Otones, encargos para ejercer la misión entre los pueblos eslavos paganos, extendiendo así su territorio hacia el Este. Por lo tanto, el llamamiento del Papa a una cruzada contra los *infieles* se convirtió en un título de Derecho de Gentes, que tenía gran importancia política porque llegó a ser la base para la adquisición de suelo de imperios islámicos. La toma de la tierra por la Corona de Castilla en América aún responde totalmente, en su primera fase a la que se refiere la argumentación de Vitoria, al Derecho de Gentes de la Edad Media cristiana basado en esta ordenación

del espacio, e incluso representa su punto culminante, aunque al propio tiempo su fin.

La Orden de Santo Domingo, a la que pertenecía Vitoria, y las otras Ordenes religiosas que ejercían actividades en las Indias eran los órganos cumplidores del encargo eclesiástico de la misión, del que, según el *iure gentium*, podía derivarse el título legítimo para una conquista seglar. Por lo tanto, estas Ordenes eran asimismo órganos del Papa y de la Iglesia como autoridad, basada en el Derecho de Gentes, de la Respublica Christiana, y tomaban muy en serio su encargo eclesiástico frente a las autoridades seglares y los funcionarios del Gobierno español. Todas las Ordenes misioneras, o sea dominicos, franciscanos, agustinos, jerónimos y jesuitas, estaban envueltas por ello en continuas tensiones y diferencias con los funcionarios coloniales gubernamentales. Sin embargo, no debe juzgarse estas oposiciones estableciendo una analogía con las disputas modernas entre el Estado y la Iglesia. No eran un "kulturkampf" bismarckiano ni tampoco eran expresión del laicismo al estilo de la disputa eclesiástica francesa. Antes bien, es igualmente cierto en este aspecto lo que es válido en cuanto a la oposición medieval entre el Emperador y la Iglesia, o sea que el Emperador y la Iglesia, el Imperio y la Iglesia representaban una unidad inseparable y que no se trataba, en estas oposiciones, de un conflicto entre dos fuerzas políticas distintas, de una lucha entre dos "societates" diferentes, sino únicamente de una tensión entre dos sistemas de orden de la misma unidad incuestionable, dos *diversi ordines*. También en este aspecto, la conquista española es una continuación de los conceptos de la ordenación del espacio de la Respublica Christiana del Medievo cristiano. Este *ius gentium* medieval quedó eliminado finalmente en todos los conceptos jurídicos específicamente medievales —sobre todo en las concepciones de la guerra justa y de la adquisición legítima de tierras— por el Estado territorial, soberano y cerrado sobre sí mismo del *Ius publicum europaeum*.

Es un hecho conocido el que los dominicos adquirieron méritos especiales en el ejercicio de la misión cristiana entre los indios de América. Sólo necesito citar aquí el nombre de Las Casas, quien fue en 1530 por primera vez a España, como dominico, para proteger a los indios del Perú contra las crueldades de los conquistadores. la Orden de Santo Domingo estaba destinada, además, como portadora de la tradición escolástica

de Santo Tomás de Aquino, a analizar y formular, en correlación sistemática y con los métodos de la teología y filosofía escolásticas, las disputas que resultaban de una nueva situación: de la toma de la tierra en un mundo nuevo. De este modo surgió en las *Relecciones* de Francisco de Vitoria, por un motivo histórico muy concreto, o sea la toma de la tierra en el Nuevo Mundo, una estructura de pensamientos que, con su tendencia a establecer un equilibrio entre los puntos a favor y en contra, entre los argumentos y contraargumentos, con sus distinciones y sus conclusiones, forma una unidad correlativa de razonamiento, un conjunto indivisible que sólo se refiere a la certeza de los argumentos, pero no a la situación concreta y sus conclusiones prácticas.

3. No puede hablarse, pues, en modo alguno de que Vitoria haya calificado de "injusta" la Conquista de América por los españoles. No se trata aquí de analizar individualmente todos los posibles títulos jurídicos legítimos de los españoles que expone Vitoria. Pero la razón verdadera de que su resultado lleve finalmente a una justificación de la Conquista española es la de que la falta de supuestos, la objetividad y la neutralidad de Vitoria tienen en realidad sus límites y no llegan de ningún modo al extremo de ignorar realmente y considerar como inexistente la diferencia entre cristianos y no-cristianos. Al contrario, el resultado práctico está basado fundamentalmente en la convicción cristiana de Vitoria de que la justificación verdadera es la misión cristiana. Realmente, no se le ocurre al fraile español que los no-cristianos pudieran exigir, para su culto de ídolos y sus errores religiosos, el mismo derecho a la libre propaganda e intervención que los españoles cristianos para su misión cristiana. Aquí, pues, se halla el límite tanto de su neutralidad absoluta como también de su idea de la reciprocidad general y reversibilidad de los conceptos. Vitoria es quizá erasmista[56],

[56] Según las referencias en la obra de Marcel Bataillon, *Erasme et l'Espagne, Recherches sur l'histoire spirituelle du XVIe siècle*, París, 1937, pág. 260 y sigs., Vitoria no puede ser calificado de erasmista, pero tampoco de anti-erasmista. En la Conferencia de Valladolid de 1527, Vitoria subrayó concretamente numerosos errores dogmáticos de Erasmo (Bataillon, pág. 273 y sig.); pero para nosotros se trata más bien de la actitud general de Erasmo, en especial en la cuestión de la guerra. Es bien sabido que Menéndez Pelayo consideraba a Vitoria como erasmista, mientras que el P. Getino trata de refutarlo (*Vida*, 1930, pág. 101). El núcleo de la cuestión no reside en pormenores biográficos o

pero no es defensor de la humanidad absoluta al estilo de los siglos XVIII y XIX; no es voltairiano ni rousseauriano, no es un racionalista ni un socialista. El comercio libre no significa para Vitoria el principio liberal del comercio mundial libre y de la economía libre en el sentido de la "puerta abierta" del siglo XX; es un mero medio de la época anterior a la técnica. La libertad de misión, sin embargo, es una *libertas* de la Iglesia cristiana, y en el pensamiento y el lenguaje medieval, *libertas* era equivalente a derecho. Así pues, la Europa cristiana aún es para Vitoria un centro de la tierra y está arraigada históricamente, de modo muy concreto, en Jerusalén y Roma.

Vitoria no formaba parte de los eruditos que, en cuestiones de la existencia del cristianismo, sostenían un punto de vista puramente formal —a favor o en contra— de neutralidad interior, y acerca de los cuales dijo un hegeliano especialmente crítico del siglo XIX que eran "los precursores de los abogados modernos de fórmulas constitucionales[57]. Pero no puede negarse que su método ahistórico, que se abstrae totalmente de puntos de vista espaciales, releva a ciertos conceptos históricos europeos, como pueblo, príncipe, guerra, que son específicos del Derecho de Gentes de la Edad Media cristiana, de su lugar histórico y los priva así de su particularidad histórica. De esta manera, la teología puede convertirse, en un principio, en una doctrina moral general, y ésta, por su parte —con ayuda de un *ius gentium* igualmente generalizador— en una doctrina moral "natural" en el sentido moderno y en un mero derecho de la razón. Como evolución lógica de este inicio emprendido en la escolástica tardía, filósofos y juristas de los siglos XVII y XVIII posteriormente a Vitoria y Suárez —desde Grocio a Cristián Wolff— desarrollaron un *ius naturale et gentium* puramente humano, aún más generalizado y más neutral.

teoréticos, sino en la *orientación histórico-espiritual* (por decirlo así) de la actitud general de la argumentación vitoriana y su tendencia a la neutralización. Tras estar concluido el presente capítulo, tuve conocimiento de la importante conferencia pronunciada por Alvaro d'Ors sobre el tema "Francisco de Vitoria, intelectual" (*Revista de la Universidad de Oviedo*, 1947), quien destaca con razón la "neutralización" en la argumentación de Vitoria (pág. 12) y señala: "Vitoria liquida el orden de ideas que prevalecía en la Edad Media; liquida, en el campo del Derecho de Gentes, la concepción teológica para dar paso a una concepción racionalista".

[57] "Aquellos eruditos del Derecho que en la disputa medieval entre el poder seglar y el eclesiástico habían asumido el papel de árbitros sabios y consideraban la cuestión acerca de la existencia clásica del cristianismo como cuestión formal en la que cada uno se podía decidir —arbitrariamente y sin perjuicio— en pro o en contra, ya eran precursores de los abogados modernos, que también creían conservar, por ejemplo, la vida estatal".

Estos filósofos y juristas ya no tomaban en consideración la diferencia entre cristianos y paganos, la cual era esencial para el dominico español. Así, se hacía posible poner los argumentos de Vitoria al servicio de objetivos diferentes y de intenciones políticas distintas e incluso opuestas. Basándose en los motivos más puros de una objetividad teológico-moral, Vitoria había rechazado toda discriminación entre cristianos y no-cristianos, entre civilizados y bárbaros, entre europeos y no-europeos. Pero precisamente esto es lo que condenó a sus tesis y formulaciones a ser valoradas impropiamente y abrió una brecha por la que podían penetrar intenciones totalmente heterogéneas y apoderarse de los conceptos y fórmulas escolásticos. Las frases y conceptos individuales, interpretados en sentido abstracto, pueden ser separados tanto de la unidad concreta de la construcción compleja de pensamientos como también de la relación con la situación histórica, y pueden ser transferidos, como tesis y fórmulas aisladas, a situaciones completamente distintas. Una forma muy habitual, y, según creo, abusiva de utilizar frases y conceptos aislados de Vitoria es la de trasladar sus frases teológico-morales a un conjunto de exposiciones construidas de otro modo, no teológicas, es decir puramente morales o puramente jurídicas, de siglos posteriores, en los que ya no son los teólogos de la Iglesia romana, sino los juristas de potencias neutrales frente a la religión los que exponen sus argumentaciones acerca del Derecho de Gentes a raíz de una situación esencialmente distinta y de una existencia espiritual muy diferente.

Las transferencias de argumentos y conceptos a otras situaciones son, en sí, algo corriente y se producen con frecuencia en la historia. El historiador inglés John Neville Figgis, un buen conocedor de la disputa entre el Papa y el Concilio en el siglo XV, ha averiguado, por ejemplo, que durante la larga discusión en torno al parlamentarismo de la época moderna entre los gobiernos y los parlamentos, a lo largo de todo el siglo XIX, no surgió ni un solo argumento que no hubiera sido aducido ya en el siglo XV en la disputa entre el Papa y el Concilio. Del mismo

modo, se repiten siempre de nuevo, en los conflictos entre el Papa y el Emperador, entre al autoridad eclesíastica y el poder secular, en ambos lados pensamientos y puntos de vista similares. Así, pues, muchos argumentos de Vitoria pueden ser aislados del problema histórico concreto, es decir de la toma europea de la tierra en un mundo nuevo no-europeo, justificada por encargos papales de la misión, y pueden ser trasladados a otras situaciones. De hecho, hay pocos autores cuyos argumentos fueron trasplantados en tal medida como los argumentos de Vitoria, y hay pocos nombres que a raíz de ello alcanzaron tanta fama como el de este fraile español. En este aspecto, la fama de Vitoria tiene su historia propia y aún exige una consideración especial. Sobre todo, el renombre casi mítico que le ha sido atribuido desde hace algunos decenios por determinados círculos representa un interesante fenómeno histórico de índole extraña y es muy instructivo para la ciencia del Derecho de Gentes, de modo que nos sentimos obligados, por razones de exactitud respecto a la historia del Derecho de Gentes, a examinar al menos dos o tres ejemplos de estas utilizaciones, dedicándoles unos breves comentarios.

En esta relación, no pienso en primer lugar en juristas auténticos como Alberico Gentili, quien se refiere con frecuencia a Vitoria sin apropiarse, en realidad, sistemáticamente su argumentación. Gentili es demasiado consciente de ser un jurista seglar en contraposición a los teólogos. El caso es distinto en Hugo Grocio, que también se distingue, como es natural, de los teólogos, pero utiliza gustosamente sus argumentos. Sobre todo en su conocido tratado *Mare liberum*, 1607 (edición Carnegie Endowment 1916), Grocio adopta la argumentación de Vitoria acerca del comercio libre y la libertad de misión y aduce el argumento de la *libertad*, que el fraile dominico había hecho valer para los españoles católicos frente a los indios paganos, a favor de los holandeses e ingleses protestantes frente a los portugueses y españoles católicos. Así, una combinación de pensamientos que un teólogo español había expuesto como una cuestión católica española, absolutamente interna, dentro del ámbito estricto de su Orden y de la unidad política del Imperio español católico, fue utilizada pocos decenios más tarde por el jurista polemizante de un país enemigo para la lucha propagandística en torno a las guerras comerciales europeas contra España. Grocio llega a declarar incluso que también expone la cuestión del comercio libre ante el tribunal de la conciencia y apela a aquellos juristas españoles que sean expertos tanto en el derecho divino como en el derecho humano.

Es generalmente conocido hasta qué punto se apropió Grocio, en esta misma cuestión, los argumentos de autores que le precedieron. Pero no siempre se tiene en cuenta que estos argumentos significaban, en una época completamente distinta, algo totalmente diferente. la distribución de la tierra había entrado en una fase distinta. La utilización de los argumentos por parte de protestantes neutralizaba el carácter específicamente católico de las intenciones de Vitoria. Los Estados europeos se habían hecho mercantilistas y ya no reconocían la validez de los argumentos del *liberum commercium*. Molina ya había atribuido a cada Estado el derecho a rechazar a amigos no deseados, y Pufendorf ya era mercantilista declarado[58]. Este cambio en la argumentación es de gran importancia para la historia del Derecho de Gentes de la época moderna y para el problema de la guerra justa. Pero no es preciso que me dedique aquí a esta cuestión, pues el conocedor de la historia del Derecho de Gentes está familiarizado con ella desde hace tiempo, y por otro lado, es evidente lo que significa para la coherencia de mis consideraciones, o sea en cuanto a la utilización diferente de la argumentación de Vitoria y la modificación intencional de su teoría.

Casi trescientos años más tarde, los argumentos del dominico español fueron incorporados, de un modo aún más sorprendente, en un sistema de pensamientos extraño a él. Después de la primera guerra mundial, se inició un "renacimiento" de Vitoria y de la escolástica tardía española, que representa un fenómeno especialmente interesante de la historia del Derecho de Gentes. Desde luego, los grandes teólogos españoles no habían caído totalmente en olvido. En España y en la tradición católica, sus nombres, como es natural, habían permanecido vivos. Nunca

[58] En cuanto al siglo XVII tardío, son especialmente instructivas las tesis de Joh. Paulus Silberrad, defendidas en 1689 en Estrasburgo bajo la presidencia de Joh. Joachim Zentgrav. Es conservado el pensamiento de la guerra justa, pero al propio tiempo, bajo referencia a Pufendorf, es reconocido también a los soberanos no cristianos el derecho de impedir un acceso no deseado a su país (SILBERRAD, *De Europaeorum ad Indorum regiones jure*, pág. 15).

había quedado borrado completamente de la memoria el hecho de que Suárez, durante el siglo xvii, había dominado en una medida increíble las universidades alemanas, incluidas las protestantes, y fue Karl Eschweiler quien, en 1928, volvió a hacer resaltar este extremo. En la historia del Derecho de Gentes, los buenos autores del siglo xix, como Kaltenborn y Rivier, conocían perfectamente a los teólogos españoles como "precursores de Grocio". En los *Fondateurs de Droit International*, editados por Pillet (1904), fue precisamente Vitoria quien mereció la exposición más elegante por parte de Joseph-Barthélémy. Pero después de 1919, el nombre se hizo conocido entre el gran público y adquirió fama universal. Tampoco me propongo hablar aquí de todas aquellas falsas interpretaciones superficiales que han convertido al gran dominico en un mito periodístico. Este error ya ha sido corregido por T. Andrés Marcos. Pero aún hay otro aspecto distinto y especial que merece nuestra atención.

En el siglo xix, un importante jurista belga del Derecho de Gentes, Ernest Nys, había encontrado con frecuencia, en sus investigaciones histórico-jurídicas sobre el Derecho de Gentes de la edad Media y del siglo xvi —probablemente incitado y animado por el gran James Lorimer[59]— el nombre de Vitoria y había estudiado profundamente este interesante tema de la historia del Derecho de Gentes. En numerosos trabajos importantes, el primero de los cuales fue un artículo publicado en la "Revue de Droit Internactional et de Législation Comparée" (tomo XXI), del año 1889, sobre el tema *Los publicistas españoles y los derechos de los indios*, Nys llamó reiteradamente la atención sobre Vitoria y publicó finalmente, en 1917, dentro de la serie *Classics of International Law*, editada por James Brown Scott, una edición muy buena de las Relecciones *De Indis et de Jure belli*[60]. Este autor abrió con sus estudios el camino y estableció la base para aquel renacimiento de Vitoria que surgiría con tanta fuerza

[59] Lorimer había hecho referencia en sus *Institutes of International Law* 1883-4 (traducidos al francés por Nys) a Vitoria, Soto y Suárez como fundadores del Derecho de Gentes.

[60] De entre los trabajos de Ernest Nys he de citar aquí *The Papacy Considered in Relation to International Law*, traducido por el Reverendo P. Ponsonby, Londres, 1879; *Le Droit de la guerre et les précurseurs de Grotius*, Bruselas, 1882; *Les droits de indiens et les publicistes espagnols*, Bruselas, 1890; *Les iniciateurs du Droit public moderne*, Bruselas, 1890; *Les origines du Droit Intenational*, 1894.

después de la primera guerra mundial, y que hoy ya cuenta con una literatura muy abundante[61].

La intención fundamental de la obra a la que Ernest Nys dedicó su vida es la consecuencia de su fe en la civilización humanitaria y el progreso. Lo podemos destacar aquí sin reservas, pues el propio Nys confirmó expresamente, con gran franqueza, sus convicciones, y no sólo en declaraciones casuales o en discursos con motivo de cualquier aniversario, sino en un trabajo científico del año 1908, muy importante para la historia del Derecho de Gentes[62]. Este ensayo es, como todos los trabajos del gran erudito, extraordinariamente rico de contenido y representa un documento de valor histórico universal para la idea de la criminalización de la guerra de agresión, "le crime de l' attaque".

El capítulo más reciente y moderno de la historia de la

[61] Las conferencias de Camilo Barcia Trelles en la Académie de Droit International de La Haya (*Recueil des Cours*, tomo 17, 1927) representan la irrupción más fuerte en la opinión pública mundial. En el año 1925, Barcia Trelles ya había elogiado a Vitoria en una conferencia, pronunciada en Salamanca, incluso como precursor de la Doctrina Monroe (América para los americanos), Alejandro Alvarez ensalzó la Doctrina Monroe como el "verdadero evangelio del Nuevo Continente" (*Droit Intenational Américain*, 1910, pág. 33); pero desde luego este evangelio moderno no sería totalmente idéntico al Evangelio cuya predicación defendía Vitoria. En 1928 se publicó en Valladolid una conferencia de J. B. Scott sobre el origen español del Derecho de Gentes moderno; en el mismo lugar y año apareció un libro de Camilo Barcia Trelles acerca de Francisco Vitoria como fundador del Derecho de Gentes moderno. El profesor Fenández Prida, de Madrid, publicó en 1930 un libro sobre la influencia de los autores españoles en el Derecho de Gentes moderno; véase otras citas por R. Octavio en el "Receuil des Cours" de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, tomo 31 (1930), pág. 218 y sig. Una asociación fundada en la Universidad de Utrecht proclamó a Vitoria como orientador en la cuestión de la colonización (Van der Molen, *Albericus Gentilis*, Amsterdam, 1937, pág. 270, nota 14); véase en esta relación A. H. Böhm, *Het recht van kolonisatie, Francisco de Vitoria's lesson over het recht van kolonisieren in verband met de Spaansche kolonisatie*, Utrecht, 1936, y Jean Baumel, *Les problèmes de la colonisation et de la guerre dans l'oeuvre de Francisco de Vitoria*, Montpellier, 1936. Estas citas serán suficientes para nuestro contexto. Puede encontrarse una relación de la literatura ulterior en el trabajo de Fr. A. Frh. v. d. Heydte, *Franciscus de Vitoria und sein Völkerrecht*, "Zeitschrift für Öffentliches Recht", XIII (1933), págs. 239-240, así como en la excelente obra del autor húngaro L. von Gajzago sobre la procedencia del Derecho de Gentes de la escuela española (Budapest, 1942), y en la obra de Jos. Höffner, lug. cit.

[62] *Idées modernes, Droit International et Franc-Maçonnerie*, Bruselas, 1908.

utilización de las tesis de Vitoria se enlaza inmediatamente con la obra de Ernest Nys. James Brown Scott, el universalmente famoso jurista norteamericano consagrado al Derecho de Gentes, fallecido en 1943, fundador y presidente del American Institute of International Law y de la American Society of International Law, secretario del Carnegie Endowment for International Peace y director de la Division of International Law, se convirtió con especial dedicación en preconizador de la fama de Vitoria y puso gran influencia al servicio de esta misión. El propio Andrew Carnegie, en su carta de fundación fechada en 14 de diciembre de 1910, había calificado la guerra de esencialmente criminal, sin distinguir, desde luego, entre las guerras de agresión y las defensivas, y, naturalmente, sin citar ningún teólogo. James Brown Scott, para quien los teólogos españoles se habían convertido en una fuente de argumentos, pronunció numerosas conferencias sobre Vitoria y Suárez como fundadores del moderno Derecho de Gentes, y publicó su tesis en muchos lugares[63].

4. Gracias al especial ahínco de James Brown Scott, el nombre de Vitoria llegó a ser conocido, y puede decirse que adquirió popularidad más allá de los círculos de la especialidad científica de la historia y del Derecho de Gentes. Pero desde luego, con ello comienza también una nueva fase de la utilización de las tesis de Vitoria, que ahora se acentúa hasta llegar a la creación de mitos políticos. En declaraciones oficiales y oficiosas del Gobierno de los Estados Unidos de América se proclama incluso una "vuelta a conceptos de guerra más antiguos y más sanos", haciéndose referencia sobre todo a la teoría vitoriana del comercio libre, de la propaganda libre y de la guerra justa. La guerra debe dejar de ser un acontecimiento jurídicamente reconocido o un acontecimiento considerado con indiferencia; ha de volver a ser una guerra justa, siendo declarado el agresor, como tal,

[63] *The Spanish Origin of International Law*, cuya parte I —*Francisco de Vitoria and his Law of Nations*— apareció en 1933 (Oxford); se trata de la introducción a una edición de textos de Vitoria. En el "Georgetown Law Journal" (Washington, 1934) fueron publicadas conferencia bajo el título *The Catholic Conception of International Law;* también aparecieron bajo el título *The Spanish Conception of InternationalLaw and of Sanction* en el núm. 54 de las Publicaciones del Carnegie Endowment for International Peace, Division of International Law, 1934. Ulteriores citas bibliográficas en las relaciones antes mencionadas de V. d. Heydte, L. von Gajzago y Jos. Höffner.

criminal en pleno sentido de la palabra. En consecuencia, también ha de ser eliminado el antiguo derecho, basado en el "Ius publicum europaeum", de neutralidad de acuerdo con el Derecho de Gentes, que estriba en la no-distinción entre la guerra justa y la guerra injusta.

No nos proponemos acentuar aquí la oposición general entre las convicciones cristianas de la Edad Media y las ideas civilizadoras modernas. La guerra justa medieval conoce una guerra justa de agresión. *Los dos conceptos de la justicia tienen, por lo tanto, una estructura formal completamente distinta.* En cuanto a la sustancia de la justicia medieval, deseamos volver a recordar, al menos, que Vitoria, precisamente en su teoría de la guerra justa, se basa en el punto decisivo de sus argumentos en el encargo de la misión, que ha sido adjudicado por una firme *potestas spiritualis* institucionalmente establecida y ajena a toda duda. Asimismo, el derecho al *liberum commercium* y el *ius peregrinandi* son, para Vitoria, un medio de ejercer la libre misión del cristianismo y de llevar a cabo un encargo papal de misión; no es lo mismo que el principio de la puerta abierta para una penetración industrial, ni tampoco debe confundirse la exigencia de la libre propaganda basada en el Evangelio —San Mateo, 28, 19— con una renuncia relativista o agnóstica a la verdad. Aquí sólo nos interesa la justificación de la toma de la tierra, una cuestión que Vitoria reduce al problema general de la guerra justa. Todas las cuestiones importantes de una ordenación basada en el Derecho de Gentes convergen, en último término, en el concepto de la guerra justa. Por lo tanto, aquí alcanza también el mayor grado de intensidad la heterogonía de las intenciones.

La teoría medieval de la guerra justa estaba situada en todo caso, a pesar de muchas divergencias internas, en el terreno y en el margen de una Respublica Christiana. Desde este ángulo de vista, distinguía entre varias formas de disputa y guerra. Por otro lado, reconocía como derecho plenamente válido tanto el derecho feudal de guerra como el derecho de resistencia de los estamentos. Las cruzadas y guerras misioneras autorizadas por la Iglesia eran, sin distinción entre agresión o defensa, *eo ipso* guerras justas; los soberanos y pueblos que se sustraían persistentemente a la autoridad de la Iglesia, como los judíos y los sarracenos, eran *eo ipso hostes perpetui.* Todo ello se basaba en el supuesto de la *autoridad de una postestas spiritualis de acuerdo*

con el Derecho de Gentes. En las teorías de la Edad media cristiana, jamás puede hacerse abstracción de esta autoridad de la Iglesia apoyada en el Derecho de Gentes, y menos aún cuando participa en la guerra un soberano cristiano.

La autoridad estabilizada de la Iglesia provee el apoyo para una determinación de la guerra justa en el aspecto formal. En el aspecto jurídico-material, la guerra justa representa una guerra que es librada *ex iusta causa,* es decir para la consecución de reclamaciones legales, sin consideración de si se trata, táctica o estratégicamente, de una guerra de agresión o de defensa. El carácter decisivo de la *iusta causa* excluye la posibilidad de que la protección puramente jurídica de la propiedad sobre la que se basa, por ejemplo, el Protocolo de Ginebra de 1924— sea el único factor que decida sobre la justicia o injusticia de una guerra. Definiciones del agresor como las que constituyen el fundamento del Protocolo de Ginebra de 1924 y de la Conferencia de Desarme de 1932-34, debían impedir precisamente la referencia a los motivos de la guerra y a la verdadera causa justa o injusta a fin de evitar una discusión interminable e inútil de las cuestiones de culpabilidad en el terreno de la política exterior.

El Derecho de Gentes europeo, postmedieval, de la época interestatal de los siglos XVI a XX trata de relegar la causa justa. El punto formal de apoyo para la determinación de la guerra justa ya no es la autoridad de la Iglesia basada en el Derecho de Gentes, sino la *soberanía de los Estados en igualdad de derechos.* La ordenación del Derecho de Gentes interestatal parte ahora del *iustus hostis* y no de la *iusta causa* y considera toda guerra interestatal, entre dos soberanos en igualdad de derechos como guerra justa. Mediante esta formalización jurídica se logró una racionalización y humanización o, en otras palabras, una acotación de la guerra, que se consiguió mantener durante doscientos años. A fin de restablecer la auténtica imagen de Vitoria es suficiente, pero también necesario, tener en cuenta que en la historia del Derecho de Gentes, la transición de la Edad Media a la época moderna se caracteriza por una *separación doble* entre dos órdenes de pensamientos que en el Medievo eran indivisibles: la separación definitiva entre la argumentación teológico-moral y eclesiástica y la argumentación jurídico-estatal, y la separación, igualmente importante, entre la cuestión jurídico-natural y moral de la *iusta causa* y la cuestión típicamente jurídico-formal del *iustus hostis,* que es distinguido del criminal, o sea del autor de una acción punible.

Estos dos puntos representan el paso decisivo del Derecho de Gentes medieval a un Derecho de Gentes de la época moderna, de un sistema de pensamiento teológico-eclesiástico a un sistema de pensamiento jurídico-estatal. Un paso semejante no se relaciona tan sólo con las cuestiones teoréticas de la formación de conceptos; se manifiesta en él, más bien, la profunda oposición entre dos ordenamientos y autoridades concretos, fundamentalmente distintos en el aspecto institucional y organizacional. Es la oposición de la estructura sociológica de las *élites* gobernantes, tanto de los grupos políticamente activos como también de sus asesores, es decir de los métodos y caminos por los que se forman las convicciones y opiniones políticas de los grupos dirigentes. Un auténtico jurista de esta época de transición, Alberico Gentili, lanzó el grito de guerra y halló la formulación que puede ser calificada de lema científico-sociológico de la época: *¡Silete theologi in munere alieno!*

En ambos puntos, tanto en lo que se refiere a la relación entre el modo de pensamiento teológico y el jurídico, como también respecto a la no-separación de la causa justa, Francisco de Vitoria pertenece, a pesar de toda su neutralidad, objetividad y humanidad, a la Edad Media cristiana y no a la época del Derecho de Gentes moderno e interestatal. Ya hemos comentado anteriormente que en su existencia espiritual no se hizo jurista, sino continuó y quiso continuar siendo teólogo. Y no sólo sigue siendo teólogo porque considera, por ejemplo, a los judíos y sarracenos como *hostes perpetui* o porque subraya en las lecciones "De potestate civili" que una guerra provocada en perjuicio de la cristiandad es *eo ipso* una guerra injusta. Lo decisivo es que a partir del problema de la causa justa no avance hacia una discusión fundamental de la cuestión del *iustus hostis.* Da la impresión, sin embargo, de que toma este camino, pues es de importancia para él que los indios, a pesar de no ser cristianos y de cometer posiblemente algunos crímenes, no deban ser tratados como criminales, sino como adversarios de guerra con los que los europeos cristianos han de proceder de igual forma que con enemigos europeos cristianos. Vitoria obtiene su resultado, o sea la posible justificación de la Conquista española, a

base de argumentaciones generales del derecho de guerra, sin discriminación de los bárbaros o de los no-cristianos como tales. Con ello se aproxima al concepto de guerra no-discriminatorio del nuevo Derecho de Gentes interestatal. Pero no desarrolla jurídicamente esta posición para convertirla en una nueva teoría del *iustus hostis*, como lo hace por ejemplo Alberico Gentili, sino se apoya únicamente, para motivar la no-discriminación, en las consideraciones generales de la teología moral cristiana de la Edad Media acerca del *bellum iustum*.

Por el contrario, la teoría actual de la guerra justa tiende precisamente a la discriminación del adversario que libra la guerra injusta. La propia guerra se convierte en delito en el sentido criminal de la palabra. El agresor es declarado criminal en el sentido más absoluto de esta palabra: es declarado fuera de la ley como un pirata. Pero la injusticia de la agresión y del agresor no reside en una culpabilidad material y objetivamente apreciable, con respecto a la guerra en el sentido de la causa de la misma, sino en el crimen del ataque, en la *agresión como tal*. Aquel que efectúa el primer disparo o que realiza uno de los otros supuestos de hecho es el criminal que comete este nuevo delito. El problema de la causa justa queda fuera de la determinación de conceptos. Sobre todo por esta razón, la moderna diferenciación entre la guerra justa y la injusta carece de una vinculación íntima con la teoría escolástica medieval y con Vitoria. Este último conoce perfectamente, al igual que toda la teoría medieval, una guerra justa de agresión, un *bellum iustum offensivum*. También es consciente del carácter profundamente dudoso de toda la teoría, y sólo es preciso, al leer su Relección *De jure belli*, meditar atentamente sobre las cinco *Dubia circa justum bellum* o sobre las nueve *Dubia "Quantum liceat in bello justo"*, para comprender que el gran adelanto del Derecho de Gentes interestatal europeo consistió en sustituir la teoría de la causa justa por la teoría de la igualdad jurídica de ambos *iusti hostes*. ¿Es que hoy ha de renunciarse simplemente a ello? Desde luego, no es tan fácil volver a una doctrina pre-estatal después de un proceso de racionalización del pensamiento interestatal que ha durado varios siglos. Más difícil aún es trasladar conceptos del Derecho de Gentes, que tienen como fundamento un *ordo spiritualis* institucionalmente desarrollado, a un sistema de pensamiento que carece totalmente de tal *ordo*. Seguiremos analizando más adelante la moderna criminalización de la guerra injusta en el capítulo "El cambio del sentido de la guerra" (IV, 4) y nos limitaremos aquí a una aclaración histórica".

Si determinadas fórmulas de una teoría de la guerra justa, que está arraigada en el *ordo* institucional de la Respublica Christiana medieval, son puestas al servicio de modernas elaboraciones globales de conceptos, no significa ello un retroceso, sino un cambio fundamental de los conceptos de enemigo, guerra, *ordo* concreto y justicia, que presuponía la teoría medieval. Para los teólogos escolásticos también la guerra injusta sigue siendo guerra. La circunstancia de que una de las partes beligerantes libre una guerra justa y la otra una guerra injusta no anula, para la teoría medieval de la guerra justa, el propio concepto de guerra. Pero en la justicia de la guerra siempre hay, al hacerse referencia a la causa justa, una tendencia latente a la discriminación del adversario injusto, y con ello a la eliminación de la guerra como institución jurídica. La guerra se convierte entonces fácilmente en una mera acción penal, adquiere un carácter punitivo, y pronto son olvidadas las numerosas *dubia* serias de la teoría del *bellum iustum*; el enemigo se convierte simplemente en criminal, y lo demás, o sea la privación del adversario de sus derechos y su saqueo, es decir la destrucción del concepto de enemigo que formalmente aún sigue presuponiendo a un *iustus hostis*, surge prácticamente por sí sola. Según dice Vitoria: "Princeps qui habet bellum justum fit judex hostium". Y Cayetano señala los siguiente: "Habens bellum justum gerit personam judicis criminaliter procedentis". Pero aún cuando se habla de tal manera del carácter punitivo de la guerra justa, no debe pensarse en esta relación en las modernas concepciones jurídico-criminales de la actual justicia penal o aún de acciones de la policía criminal, posiblemente en el sentido de un derecho penal moderno que ya no es más que una lucha contra elementos antisociales. En otras palabras: la teoría de la guerra justa en el sentido de la causa justa aún no había conducido, en aquel entonces, a la eliminación del propio concepto de guerra y a la conversión de la acción bélica en mera acción judicial o policial al estilo moderno. Ello no era posible, desde luego, porque en la época del derecho feudal de guerra y del derecho estamental de resistencia aún no existían una justicia y una policía estatalmente centralizadas. Para el ordenamiento

jurídico medieval, el derecho de ayuda propia que representa la guerra y la resistencia es un derecho legítimo, y la justicia y la policía del Estado moderno han eliminado precisamente esta forma de ayuda propia y la han convertido en delitos criminales como alta traición, traición a la patria, violación de la paz y otros más.

Por supuesto, en cuanto se hace caso omiso de los fundamentos institucionales de la teoría medieval de la guerra justa, la disolución del concepto de guerra está muy próxima. Un contemporáneo de Vitoria, el jurista Johann Oldendorp (1480 a 1567), expresa con toda franqueza y sencillez que la guerra justa no es guerra, sino justicia, y que la guerra injusta tampoco es guerra, sino rebelión, sin presentir que a raíz de la abolición de la guerra surgiría para Europa un nuevo problema grave, el de la guerra civil religiosa. Por el contrario, los fundadores jurídicos del Derecho de Gentes moderno, o sea interestatal —Ayala, A. Gentili y R. Zouch— separaron, bajo la impresión de estas guerras civiles europeas, la cuestión del *bellum iustum* formal del problema de la *iusta causa belli* y convirtieron la guerra en una relación entre Estados soberanos en igualdad de derechos, en la que se enfrentan *iusti et aequales hostes* sin discriminación basada en el Derecho de Gentes.

Sin embargo, para Vitoria, de acuerdo con la teoría medieval, la guerra sigue siendo guerra en ambos lados a pesar de su "carácter punitivo". Vitoria ni siquiera niega el carácter de guerra verdadera a una guerra justa librada por soberanos cristianos contra soberanos y pueblos *no cristianos*, y el adversario en una guerra semejante es considerado por él, desde luego, como *iustus hostis*. En cuanto al concepto de guerra moderno y discriminatorio, la diferenciación entre la justicia y la injusticia de la guerra sirve precisamente para que el enemigo ya no sea tratado como *iustus hostis*, sino como el delincuente criminal. En consecuencia, la guerra deja de ser un concepto de Derecho de Gentes, aún cuando el asesinato, el saqueo y la destrucción no cesen en absoluto, sino incluso aumenten con los medios modernos de destrucción. Al convertirse la guerra, por un lado, en acción punitiva en el sentido del moderno derecho criminal, el adversario, por otro lado, ya no puede ser un *iustus hostis*. Ya no se libra una guerra contra él, como tampoco se libra contra un pirata, que es un enemigo en un sentido muy distinto

del adversario de guerra según el Derecho de Gentes europeo. Ha cometido un delito en el sentido criminal, o sea el "crimen del ataque". Por lo tanto, la acción contra él no es guerra, al igual que la acción de la policía estatal contra un gangster no es guerra; es una mera ejecución y en último término —con la moderna transformación del Derecho penal en lucha contra elementos antisociales—, sólo una medida contra un elemento perjudicial o un perturbador, que es aniquilado con ayuda de todos los medios de la técnica moderna, por ejemplo un *police bombing*. La guerra ha quedado abolida, pero únicamente porque los enemigos ya no se reconocen mutuamente sobre el mismo plano moral y jurídico. Ello puede ser una vuelta a un punto de vista más antiguo, y también es, en algunos aspectos, el retroceso desde una interpretación jurídica del concepto de *iustus hostis* a un concepto casi teológico de enemigo; pero precisamente en tal sentido es la contraposición a la reciprocidad no-discriminatoria que Vitoria defendía tan vigorosa y cristianamente hasta el último extremo.

Con ello concluye por ahora la historia de la utilización de las tesis de Vitoria en el Derecho de Gentes, que comienza inmediatamente en el siglo XVI y perdura hasta los tiempos actuales, ofreciendo extraños ejemplos de modificaciones inesperadas y de interpretaciones distintas. Pero no hay pensamiento humano que esté a salvo de interpretaciones diferentes, y todo argumento expresado por un individuo humano está expuesto a destinos que a veces pueden ser aún más sorprendentes que aquellos a los que alude la famosa frase de los "fata libellorum". En el caso de Vitoria, un fraile situado firmemente dentro de su *ordo* meditó escrupulosamente, como teólogo moralista y preceptor prudente, sobre sus argumentos a favor y en contra. Expuso sus pensamientos ante sus correligionarios e incorporó sus conclusiones a la unidad sistemática indivisible de sus proposiciones y distinciones. Otros autores no eclesiásticos y hostiles a España extrajeron posteriormente de la unidad de pensamientos de esta controversia, tanto eclesiástica interna como española interna, los argumentos y formulaciones que les convenían, utilizándolos como triunfos jurídicos. La fuerza de un pensador de escrupulosidad escolástica y gran sinceridad fue aprovechada para cuestiones que le eran extrañas y a veces incluso hostiles. La melodía que había sido compuesta para un

texto pío, cristiano-católico, fue aplicada a un libreto seglar completamente distinto. Pero también esto forma parte de la heterogonía de las intenciones que con tanta frecuencia se manifiesta en la historia del espíritu humano.

No debemos, pues, extrañarnos ni polemizar en contra de ello. Sin embargo, es bueno que sigamos conscientes, en el aspecto científico, del estado histórico-jurídico de los hechos. Si hemos señalado aquí, a la vista de las admirables Relecciones de Vitoria, la posiblidad trágica de tales utilizaciones heterogéneas, no lo hemos hecho para menoscabar su fama ni menguar la admiración que merece, sino todo lo contrario: nuestra intención era la de limpiar su imagen de la pintura falsa que la cubría y de devolver a sus palabras su sentido verdadero. Por ello, el nombre de Vitoria no perderá nada, y en cambio, conservará un sonido quizá menos ruidoso, pero tanto más puro.

3. Títulos jurídicos legales de la toma de la tierra en un Nuevo Mundo (Descubrimiento y ocupación)

El comienzo del nuevo Derecho de Gentes europeo está marcado por una frase de Alberico Gentili que ordena silencio a los teólogos en la cuestión de la guerra justa: *¡Silete Theologi in munere alieno!*

a) *El nuevo ente territorial: el "Estado"*

Una de las consecuencias de la Reforma fue la de que los teólogos quedaran excluidos de la discusión práctica de las cuestiones del Derecho de Gentes. A raíz de ello desapareció una *potestas spiritualis* que había formado parte del orden medieval. Los teólogos de la Edad Media no argumentaban desde un vacío ni hacia un vacío. Se encontraban todos situados dentro de un orden institucional, y cada una de sus palabras ha de ser comprendida únicamente de un modo concreto, es decir dentro del *ordo*. Desde el siglo XVI, sin embargo, los juristas (que se hallaban al servicio de un gobierno) siguieron desarrollando las cuestiones del Derecho de Gentes, o sea en parte de forma teórica secularizando las argumentaciones teológico-morales de los escolásticos al convertirlas en un filosofía "natural" y un derecho "natural" de la razón humana en general, y en parte de forma práctica positiva mediante la utilización de conceptos del Derecho romano, según les eran ofrecidos por la ciencia jurídica civilista y la *praxis* legística de su época. A raíz de ello se produjo una combinación híbrida entre las teorías teológico-morales de la guerra justa, según la tradición de la Edad Media, y los conceptos jurídico-civilistas puramente seglares, como *occupatio*, que fueron aplicados a la lucha en torno a la toma de la tierra en el Nuevo Mundo. Sin embargo, la nueva ordenación concreta y el acotamiento de la guerra que surgieron en la realidad en el Derecho de Gentes no se desarrollaron tan sólo a raíz de la conservación de doctrinas teológico-morales ni tampoco de la aplicación de conceptos y normas jurídico-romanos, sino como consecuencia de la concreta entidad espacial *Estado* que entonces se estaba creando en Europa y de la idea de un equilibrio europeo entre estos *Estados*.

A partir del siglo XVI, el Derecho de Gentes europeo continental, el *Ius publicum europaeum*, era esencialmente, en su núcleo, un Derecho inter—*estatal* de los soberanos europeos y determinaba el nomos del resto de la tierra a partir de este núcleo europeo. En esta relación, la "estatalidad" no es un concepto general válido para todos los tiempos y todos los pueblos, sino un fenómeno histórico concreto sujeto a la época. La particularidad histórica única, totalmente incomparable, de aquello que puede llamarse "Estado" en un sentido específico reside en el hecho de que este Estado es el vehículo de la secularización. Por ello, la formación de conceptos del Derecho de Gentes no conoce en aquella época más que un solo eje: el Estado territorial soberano. La nueva magnitud "Estado" elimina el reino eclesiástico y el imperio de la Edad Media; asimismo elimina la *potestas spiritualis* del Papa, basada en el Derecho de Gentes,y trata de convertir a las Iglesias cristianas en un medio de su policía y política estatales. La propia Iglesia romana se conforma con una "potestas indirecta" y ni siquiera habla ya, según he podido averiguar, de una "auctoritas directa". Otras instituciones históricas de la Respublica Christiana medieval, llenas de sentido, como las "Coronas", también pierden su carácter típico y se colocan al servicio de la evolución del Estado. El rey, es decir el portador consagrado de una Corona, se convierte en un jefe de Estado soberano.

En este aspecto, Francia es la potencia principal y el primer Estado que, con conciencia jurídica, es soberano. Francia es el primer país en el que, ya hacia fines del siglo XVI, es superada la guerra civil de los partidos religiosos por el concepto de la soberanía del rey (como jefe de Estado soberano). En España e Italia no se llegó a producir la guerra civil abierta entre partidos religiosos. En cuanto a Alemania e Inglaterra, no surgieron abiertamente estos conflictos en forma de guerra o guerra civil hasta el siglo XVII. Los legistas franceses, encabezados por Juan Bodino, fueron los primeros en formular las definiciones convincentes que se extendieron con increíble rapidez por toda Europa. En la obra de Bodino *Six livres de la République* ya ha de traducirse la palabra Respublica con Estado. El libro de Bodino produjo un efecto más amplio y más rápido que ningún otro libro de cualquiera de los juristas de toda la historia del Derecho. Apareció en 1576, o sea cuatro años después de la noche de San Bartolomé parisiense del 24 de agosto de 1572, y es, lo mismo que el Estado definido por el propio Bodino, un resultado de las guerras civiles religiosas. En ello reside la verdad existencial y la validez europea de este extraño libro.

A los pocos años aparecieron los tratados de Derecho de Gentes de Baltazar Ayala (1582) y de Alberico Gentili (1588), en los que halla su primera expresión el nuevo Derecho de Gentes interestatal. Tendremos que dedicarnos aún más detalladamente a estos verdaderos fundadores del Derecho interestatal, que ya están influenciados en sus conceptos decisivos por Bodino. En este preciso momento de nuestra exposición es necesario ver con claridad este concepto, dominador de todo, del "Estado" soberano en su particularidad concreta dentro de la historia del Derecho de Gentes, pues es el Estado el que elimina la ordenación espacial de la Respublica Christiana medieval y la sustituye por una ordenación del espacio de índole completamente distinta.

Para Francisco de Vitoria ya era un hecho indiscutible el que ni el Emperador ni el Papa podían conceder títulos jurídicos para la gran toma de la tierra. Son precisamente autores españoles, como Soto y Vázquez, los que lo hacen resaltar en el transcurso de las ulteriores controversias del siglo XVI. El propio Baltasar Ayala, apoyándose en ellos, tampoco tiene ya dudas en este sentido, pese a estar situado en el lado español católico. El destronamiento del Emperador y del Papa significa, desde el

punto de vista científico y sociológico, la desteologización de la argumentación. En la práctica no sólo significa la anulación de los conceptos en los que se basaba la ordenación del espacio de la Respublica Christiana, sino también la eliminación de la acotación de la guerra que aquellos conceptos incluían. Al propio tiempo, ello significa el fin de la teoría medieval del tirano, es decir de las posibilidades de intervención por parte del Emperador y del Papa, y además, el fin del derecho de contienda y de resistencia, pero también el fin de las antigua treguas de Dios, las cuales quedaron sustituidas por una pacificación estatal. Este tipo de Estado significa sobre todo el fin de las cruzadas, o sea de los mandatos papales como títulos jurídicos reconocidos para la toma de la tierra de soberanos y pueblos no cristianos.

Sin embargo, todo ello es solamente negativo, solamente un final de la Edad Media, pero aún no es una nueva ordenación espacial propia. Esta ordenación es creada en Europa, en cuanto a la tierra firme, por el Estado. Su carácter específico histórico, su verdadera legitimación histórica radica, según mencionado anteriormente, en la secularización de toda la vida europea, es decir en la realización de una obra triple. En primer lugar, crea en su interior competencias claras al colocar los derechos feudales, territoriales, estamentales y eclesiásticos bajo la legislación, administración y justicia centralizadas de un gobernante. En segundo lugar, supera la guerra civil europea entre las Iglesias y partidos religiosos y neutraliza la disputa intraestatal entre las religiones a través de una unidad política centralizada. la nueva relación entre la religión y la ordenación de una espacio cerrado es expresada de un modo algo burdo y primitivo, pero no obstante muy claro y acertado, por la fórmula alemana *cuius regio, eius religio*[64]. En último lugar, el Estado constituye, sobre

[64] Materialmente esta frase responde a la realidad del Estado europeo que estaba surgiendo a partir del siglo XVI, y cuyo derecho más importante era en todas partes el *ius reformandi*, es decir la determinación de la religión estatal y de la Iglesia estatal. *Religio est regula iurisdictionis.* En la formulación *cuius regio, eius religio*, es posible que la frase proceda de un estadio posterior de la guerra civil religiosa latente o abierta, que se inicia con la Reforma. Tales frases agudizadas a modo de lema suelen caer con frecuencia del árbol de las experiencias históricas como frutos tardíos. En un artículo incluido en la publicación de homenaje a Ulrich Stutz (*Cura religionis; Jus in sacro; Jus circa sacra*, 1938, pág. 234), Johannes Heckel señala que la formulación procede del creador del sistema episcopal y autor del primer tratado de Derecho canónico protestante, Joachim

la base de la unidad política interior creada por él, un territorio cerrado frente a otras unidades políticas, que posee fronteras firmes hacia el exterior y puede entrar en una especie de relación exterior concreta con otras estructuras territoriales de organización similar.

De este modo surgió la entidad territorial "Estado", impermeable, especialmente delimitada, descargada del problema de la guerra civil estatal, eclesiástica y religiosa, que se convertiría en portadora de una nueva ordenación de Derecho de Gentes cuya estructura espacial, en consecuencia, estaba vinculada con el Estado y determinada por él. Su particularidad reside en que su Derecho de Gentes, pasa a ser interestatal en un sentido específico. Como resultado de la clara delimitación de los espacios cerrados, el *Ius gentium* se convierte rigurosa y evidentemente en un *Ius inter gentes*, o sea *inter gentes europeas*, si bien aquellas gentes continúan apareciendo en el escenario de la historia europea, en sus trajes aún medievales, como príncipes, casas, coronas y *Länder*. Pero a pesar de ello, el núcleo espacial de la nueva ordenación europea es esta nueva magnitud llamada Estado.

Desde hace mucho tiempo se distingue entre el *ius gentium* y el *ius inter gentes*. Esta diferenciación general no es, en realidad, nada extraña. Es antigua y conocida perfectamente por los teólogos y juristas medievales, y como antítesis abstracta, no es en modo alguno un descubrimiento científico. Para Francisco de Vitoria tampoco significa nada nuevo. Sin embargo, por el hecho de que las "gentes" se convierten en Estados territoriales delimitados, cerrados hacia el exterior y centralizados, surge una estructura del espacio nueva y clara. Con ello, el *ius inter gentes* es liberado de los antiguos vínculos supraterritoriales, o sea del vínculo general con la Iglesia supraterritorial, de la pluralidad de vínculos feudales de índole personal, y en último término, también de los entrecruzamientos de los estamentos y partidos religiosos. Desde luego, el *ius gentium* tardó más de cien años

---

Stephant (*Institutiones juris canonici*, segunda edición, Francfort, 1612). A pesar de ello, Heckel intenta demostrar que el principio, en realidad, no procede del campo protestante, sino del católico. Para nuesto contexto carecen de importancia todas las cuestiones póstumas de responsabilidad, al igual que tampoco planteamos cuestiones de responsabilidad en cuanto a la formulación moderna *cuius regio, eius economia*, a la que nos referiremos más adelante, y que revela el núcleo del problema actual de los grandes espacios.

hasta desprenderse del todo de las formas tradicionales y convertirse en un *ius inter gentes* puramente estatal. "Casas" soberanas, como la Casa de Habsburgo y la Casa de Borbón, es decir las grandes familias dinásticas, añadieron a sus bienes alodiales coronas —como la bohemia, la húngara y otras—, regiones, derechos de sucesión y otros títulos jurídicos y continuaron siendo, hasta entrado el siglo xviii, los verdaderos portadores de la política europea, y con ello también sujetos del Derecho de Gentes. La mayoría de las guerras europeas fueron guerras de sucesión y tuvieron su *iusta causa* en derechos dinásticos de sucesión. Pero todo ello representa únicamente el primer plano. Este tipo de títulos jurídicos ya fue ignorado por Felipe II de España, con una superioridad muy consciente, al llevar a cabo la ocupación y anexión de Portugal (1580). En el título de la obra de Richard Zouch *Juris et judicii fecialis sive juris inter gentes et quaestionum de eodem explicatio* (Oxford, 1650) se evidencia la estructura puramente estatal del Derecho de Gentes, pues "gentes" significa aquí entidades territoriales soberanas.

La lucha en torno a la toma de la tierra en el Nuevo Mundo y de suelo extraeuropeo que aún es libre se convierte en este momento en una lucha entre tales formaciones europeas de poder que, en este sentido específico, son "Estados". Quien no posee la capacidad para convertirse en este sentido en "Estado" se retira. Es conmovedor observar cómo el primer gran país que efectúa tomas de la tierra e inaugura esta época, España, o más exactamente la Corona de Castilla y León, se encuentra en muchos aspectos a la cabeza de esta evolución que se aparta de la Iglesia y la Edad Media y se orienta hacia el Estado, permaneciendo sujeta, al propio tiempo, al título jurídico eclesiástico de su gran toma de la tierra.

b) *Ocupación y descubrimiento como títulos jurídicos de la toma de la tierra*

¿Cuál es la posición de los juristas del nuevo Derecho de Gentes interestatal en la importante cuestión del título jurídico para la toma de la tierra en el Nuevo Mundo? Lo decisivo es que ya no la consideran como una cuestión europea general, sino que siempre tienen presente únicamente la disputa entre los diferentes europeos que llevan a cabo la toma de la tierra. Sólo así, o

sea por su interés en la disputa intraeuropea acerca de la toma de la tierra no europea se explica que aquellos juristas se sirvieran del concepto civilista jurídico-romano de la *occupatio* como título jurídico correspondiente, ignorando sin embargo totalmente el verdadero título jurídico europeo, o sea el descubrimiento.

El título jurídico de la *occupatio* responde a la realidad de entonces por cuanto que presupone que el suelo europeo de soberanos y pueblos europeos es distinguido, según el Derecho de Gentes, de otro suelo "de Ultramar". El suelo del Nuevo Mundo puede ser ocupado libremente. En relación con esta tesis, los juristas de los siglos XVII y XVIII suponen prácticamente que el suelo del Nuevo Mundo sólo es ocupable libremente por Estados europeos y, desde luego, sólo de forma que el suelo colonial no llegue a ser idéntico, en virtud de la ocupación colonial al territorio estatal europeo del ocupante, sino que permanezca distinto del mismo, tanto si se trata de colonias de comercio o de territorios de colonización. Por ello, la ocupación es en aquel entonces algo esencialmente diferente de los que desde fines del siglo XIX se denomina *ocupación efectiva*. Lo que en esta época se llama "efectividad de la ocupación" consiste en la incorporación del suelo ocupado al sistema de gobierno y administración de un miembro estatal reconocido de la ordenación del Derecho de Gentes. En otras palabras, la modalidad tardía de ocupación efectiva significa la suspensión del *status* específicamente colonial del suelo y su transformación en territorio estatal. Ello no existe en los siglos XVI, XVII y XVIII. Tan sólo el hecho de que espacios inmensos eran conquistados y dominados por compañías comerciales independientes excluía tal equiparación entre territorio estatal europeo y *status* colonial del suelo. En otros casos, el suelo colonial era adquirido a manera de concesión feudal medieval de tierras. Siempre ha de tenerse en cuenta que el sentido práctico del realzamiento de la *occupatio* como título de adquisición basado en el Derecho de Gentes sólo era el de conseguir la independencia del Estado europeo individual ocupante frente a sus competidores europeos y de proporcionarle, independiente de estos competidores, un título jurídico original. En la misma medida en que la discusión jurídica se concentraba de este modo en el título jurídico de la *occupatio*, la conciencia jurídica europea fue olvidando, en consecuencia, el origen europeo común de toda la cuestión. Así se

perdió de vista el gran problema central, o sea la toma conjunta de la tierra en áreas no europeas por potencias europeas.

En realidad, la justificación de la gran toma de la tierra no-europea por potencias europeas se basaba en aquel entonces únicamente en el *descubrimiento*. El descubrir *—reperie, invenire,* luego *découvrir—* mares, islas y tierras firmes desconocidos hasta entonces, es decir desconocidos a soberanos cristianos, constituye el único título jurídico verdadero que le queda a un Derecho de Gentes centrado en Europa cuando ha sido destruida la ordenación espacial medieval de la Respublica Christiana y ha sido suprimida toda argumentación teológica. Pero desde luego es preciso apreciar en toda su particularidad histórica y espiritual el nuevo concepto con sus nuevas denominaciones técnicas, como *descubrimiento, découverte, discovery*. Se sobreentiende que el hallazgo de cualquier tierra nueva, desconocida hasta entonces al descubridor, no puede representar *iure gentium* un título jurídico. Las numerosas islas y tierras que fueron halladas y quizá también pisadas en el curso de los siglos o aún de los milenios por audaces piratas y pescadores de ballenas no fueron por ello descubiertas con efectos de Derecho de Gentes. Las tomas simbólicas de posesión, como por ejemplo el colocar un mojón con un escudo o el izar una bandera, no pueden representar *per se* la base de un título jurídico, pero se convierten en títulos jurídicos en el marco de una ordenación reconocida por el Derecho de Gentes, para el que tales signos poseen una fuerza simbólica legal. El descubrimiento no es, por lo tanto, un concepto normativista general e independiente de las épocas, sino que permanece vinculado a una determinada situación histórica, e incluso histórico-espiritual, es decir a la "época de los descubrimientos".

La argumentación de Francisco de Vitoria revela que la filosofía escolástica no se interesaba precisamente por este concepto específicamente histórico. Para Vitoria no hay diferencia entre el descubrimiento de tierras indias por europeos y el hallazgo de suelo europeo por indios. Para él son procesos recíprocos y reversibles, y con esta reciprocidad y reversibilidad anula simplemente el sentido histórico, el sentido, en el Derecho de Gentes, del concepto de "descubrimiento". El hecho es que el sentido del título jurídico "descubrimiento" reside en la alegación de una posición históricamente más elevada del descubridor frente al descubierto, una posición que era distinta frente a

los habitantes de América que frente a los antiguos pueblos no-cristianos, como árabes, turcos y judíos, tanto si eran considerados como *hostes perpetui* o no. Desde el punto de vista del descubierto, el descubrimiento como tal nunca es legal. Ni Colón ni cualquier otro descubridor hizo su aparición provisto de un visado de entrada extendido por un soberano cristiano. Los descubrimientos son llevados a cabo sin la autorización previa del descubierto. Por ello, el título jurídico del descubrimiento se apoya en una legitimidad más elevada. Sólo puede descubrir quien, en el nivel espiritual e histórico, es lo suficientemente superior para comprender lo descubierto con su saber y su conciencia. Es aplicable aquí una variación de una frase hegeliana de Bruno Bauer: "Únicamente puede descubrir aquel que conoce a su presa mejor que ella misma y que es capaz de avasallarla en virtud de esta superioridad de formación y de sabiduría".

Así, el descubrimiento de un Nuevo Mundo por los pueblos europeos en los siglos XV y XVI no fue una casualidad y no sólo representó una de las numerosas expediciones afortunadas de descubrimiento de la historia universal. Tampoco fue una guerra justa en un sentido normativista, sino una hazaña del racionalismo occidental nuevamente despertado, la obra de una formación espiritual y científica surgida en la Edad Media europea, esencialmente con ayuda de sistemas de pensamiento que habían combinado el saber europeo antiguo y árabe con la capacidad de acción cristiano-europea, logrando una magnitud de fuerzas histórica. En los pensamientos y cálculos de Colón aún concurrieron muchas ideas inexactas y legendarias, pero su fundamento científico es innegable. La cientificidad consciente de los descubrimientos se manifiesta en las documentaciones cosmográficas que aparecen con sorprendente rapidez en toda Europa. Por lo tanto, es completamente erróneo decir que lo mismo que los españoles descubrieron a los aztecas y los incas, éstos también hubieran podido descubrir Europa. A los indios les faltaba la fuerza, basada en el saber, de la racionalidad cristiano-europea, y sería una ridícula ucronia el imaginar que quizá hubieran podido confeccionar mapas cartográficos tan buenos de Europa como los europeos los elaboraron de América. La superioridad espiritual se encontraba plenamente en el lado europeo, y de un modo tan radical que el Nuevo Mundo pudo ser "tomado" simplemente, mientras que en el viejo mundo no cristiano de Asia y del Africa islámica sólo se desarrolló el régimen de las capitulaciones y de la extraterritorialidad de los europeos.

No debe confundirse el gran título jurídico europeo común del descubrimiento con el aprovechamiento, dentro de Europa, de los descubrimientos individuales frente a competidores europeos. La mayoría de los juristas sólo escribían sus libros en el interés de gobiernos europeos individuales y en contra de los juristas de otros gobiernos europeos y perdían de este modo la facultad de enfocar adecuadamente el título de adquisición común, es decir basado en el Derecho de Gentes. En este aspecto, fue una desgracia que los juristas desplazaran a los teólogos de la *praxis* del Derecho de Gentes. Pero la práctica del Derecho de Gentes europeo en aquella época confirma, a pesar de todo, el gran título jurídico común del descubrimiento. Los archivos cartográficos no sólo eran de gran importancia para la navegación, sino también para la argumentación de acuerdo con el Derecho de Gentes. Un mapa cartográfico científico constituye, en efecto, un auténtico título jurídico frente a una *terra incognita*. Pero desde luego, tal título jurídico pierde su evidencia en la misma medida en que desaparecen los supuestos espirituales en los que se basa la distinción entre tierras "conocidas" y "desconocidas". Al producirse este caso, había llegado la hora histórica de un título jurídico de índole totalmente distinta, o sea el de la mera "ocupación efectiva". Este título jurídico sólo pudo imponerse, en consecuencia, con ayuda del positivismo del siglo XIX. Pero también él significa históricamente algo muy distinto de las fórmulas jurídico-romanas de la toma efectiva de posesión de cosas. Desafortunadamente, el modo de pensar jurídico de los siglos XVI y XVII no estaba a la altura del título jurídico del descubrimiento; en el fondo, era aún más ahistórico que el de los teólogos escolásticos y permanecía sujeto a las fórmulas de un derecho de cosas puramente civilistas.

c) *La ciencia jurídica frente a la toma de la tierra en un Nuevo Mundo, en especial Grocio y Pufendorf*

Lo que hicieron, pues, los juristas del Derecho de Gentes europeo de aquella época fue conservar abiertamente numerosas fórmulas de la escolástica y jurisprudencia medievales, a pesar de que habían surgido de una ordenación preglobal del espacio

totalmente distinta y presuponían o bien concepciones no espaciales o un nomos de índole esencialmente diferente. A estas fórmulas les añadieron otros conceptos al parecer puramente jurídicos, o sea "civilistas", procedentes de la glosa medieval tardía y de la sabiduría humanística de una Antigüedad con frecuencia mal interpretada. Y no sólo lo hacían como eruditos al estilo de su época, sino sobre todo como juristas y de acuerdo con las necesidades objetivas de su profesión, cuya particularidad habían de defender frente a los teólogos. En su calidad de juristas estatales, habían de procurarse, frente a los teólogos eclesiásticos, una argumentación propia específicamente jurídico-estatal. El resultado puede calcularse fácilmente. Cada uno de los Gobiernos europeos trataba de servirse, en la lucha intraeuropea, de las fórmulas y concepciones caducas del Derecho civil romano en ventaja propia y en perjuicio del adversario. Los grandes sistemas filosófico-jurídicos no surgieron hasta la época del verdadero Barroco. Por de pronto, el derecho de guerra, como núcleo de todo Derecho de Gentes, y el derecho de embajada formaban prácticamente el centro de la discusión. Por lo demás, cada uno de los Estados estaba interesado en crear, por medio de tratados expresos, un *Ius publicum europaeum positivo* que le proporcionara una superioridad jurídica al estabilizar el *status quo*, favorable para él, como derecho contractual positivo europeo.

Pero precisamente los tratados y convenios más importantes, sobre todo los convenios que creaban una ordenación del espacio, como los de la llamada línea de amistad, permanecían al principio en secreto, e incluso ni siquiera eran concertados por escrito, sino por medio de cláusulas verbales secretas. Este tipo de secreto constituye, como es natural, una barrera infranqueable para todo positivismo jurídico, lo mismo si se trata de acuerdos secretos o de edictos secretos. El teólogo moralista eclesiástico no tenía necesidad de abdicar frente a ellos; en su calidad de confesor o preceptor de confesores estaba incluso especialmente legitimado en tal caso y, como órgano de una *potestas spiritualis*, estaba realmente en su elemento. El jurista estatal, en cambio, ya no se acercaba en absoluto a la cuestión principal, o sea la ocupación conjunta de tierra no europea por potencias europeas pese a todas las guerras que pudieran librarse entre ellas. El planteamiento científico-jurídico del problema por el Derecho de

Gentes de la época no tenía en cuenta las distinciones más importantes, puesto que las diferencias del *status* del suelo y las diferencias dentro de un concepto general de la guerra ya no eran enfocadas jurídicamente desde Grocio y Pufendorf.

Una semejante ciencia jurídica del Derecho de Gentes ya no podía permanecer consciente de sus propios supuestos históricos. Así, pues, se produjo un desdoblamiento en dos direcciones opuestas. Por un lado, un modo de enfoque filosófico-iusnaturalista (Pufendorf, Thomasius, Chr. Wolff, Kant) trataba de crear un sistema de pensamiento independiente de todo secreto estatal, sobre una base de puro razonamiento, y de conservar de esta forma una especie de *potestas spiritualis*. Ello condujo teoréticamente a la determinación de magnitudes humanitarias neutrales, como "humanidad" en general y *civitas maxima*; en el aspecto práctico-concreto y en el intraestatal, su consecuencia fue la de que el Estado de Derecho burgués y la sociedad burguesa individualista pasaran a ser considerados como standard constitucional del mundo. Por otro lado, un método de trabajo práctico-positivista (Rachel, Textor, J. J. Moser, Klüber) convirtió al jurista en simple ayudante de su Estado y en encargado de la función de una legalidad del mero *status quo* establecido en tratados estatales. Ello le facilitaba, frente al Derecho de Gentes filosófico, una superioridad basada en la mayor proximidad al material positivo y lo elevaba, como jurista del Derecho de Gentes, al nivel de una persona que tenía acceso a los secretos de la política exterior.

Los dos eruditos del Derecho de Gentes más famosos e influyentes del siglo XVII, Hugo Grocio y Samuel Pufendorf, se hallan en esta fase de la historia del Derecho. No son, en modo alguno, precursores en el sentido de que hubieran creado los conceptos fundamentales del nuevo Derecho de Gentes interestatal, en especial el nuevo concepto de guerra. Este mérito no les corresponde a ellos, sino a los juristas de los últimos decenios del siglo XVI: Baltazar Ayala y Alberico Gentili. En comparación con la nueva claridad jurídica de los conceptos conseguida por Bodino, el modo de pensamiento de Grocio significa, en todo caso científicamente, un retroceso o, formulado de manera eufemística, una especie de conservadurismo. En un breve, pero denso trabajo con el título de *Suárez, Grocio, Hobbes* (Coimbra, 1941), PAULO MEREA ha caracterizado acertadamente la posición histórico-jurídica de Grocio. Según Merea, Grocio no es un

precursor, pero sin embargo abre a la jurisprudencia, por medio de su "religión natural", el camino hacia la Ilustración. Su fama en la historia del Derecho le corresponde "par droit de conquête". Así, Merea le sitúa entre Suárez y Hobbes, o sea entre el teólogo escolástico y el filósofo moderno.

Para un análisis del Derecho de Gentes, han de ser incorporados a esta relación los autores de pensamiento específicamente jurídico —sobre todo Bodino, seguido de B. Ayala, A. Gentili y R. Zouch—, puesto que consiguieron que el concepto del *iustus hostis* fuera fructífero para el nuevo Derecho de Gentes interestatal. Grocio revela un fuerte *pathos* de la justicia en general, pero en cambio no muestra una conciencia científico-jurídica segura del problema, y es posible que precisamente esto contribuya a su popularidad inquebrantable. En el aspecto propagandístico, ello representa un mérito práctico que no nos proponemos poner en duda. Comparando a uno con el otro, Grocio y Pufendorf son distintos en su estilo y método. Como historiógrafo de la Corte, Pufendorf no estaba en modo alguno alejado de los arcanos; desde el ángulo de vista científico-jurídico, es un representante típico de la línea filosófico-sistemática. En cambio, Grocio no muestra aún, como por ejemplo Richard Zouch y otros, la clara racionalidad de un práctico jurídico, pero sí se inclina más bien, en comparación con los grandes filósofos, hacia la línea práctica, puesto que contesta muchas preguntas prácticas sin un sistema bien pensado y sin conceptos claros, pero con posibilidad de cita.

No obstante, aunque parece ser considerable la oposición entre la línea filosófica y la línea positivista, ninguno de estos maestros del Derecho de Gentes enfoca la cuestión fundamental, o sea la nueva ordenación del espacio que surge a raíz de la toma de la tierra en el Nuevo Mundo por europeos. Ello los conduce a todos a la confusión que tiene que producirse cuando unas fórmulas de teólogos, basadas aún en el supuesto de la ordenación espacial medieval de la Respublica Christiana, son combinadas con los conceptos —adoptados sin tener en cuenta el espacio— de una ciencia jurídica humanística de la propiedad civil de cosas según el Derecho romano. En la segunda mitad del siglo XVIII, también los juristas del Derecho de Gentes llegaron a comprender el problema del espacio en la cuestión del *equilibrio* europeo, pero sin embargo conservaron un punto de vista centrado en Europa y en general no se dieron cuenta de que la

ordenación del *Ius publicum europaeum* representaba ya una ordenación global. Será más fácil comprender este desconocimiento del problema de una ordenación global del espacio por parte de los prácticos positivistas que por parte de los filósofos humanistas, para los que la humanidad debería constituir una unidad. Pero incluso Grocio y Pufendorf mencionan el trazado de líneas globales en su época, en especial las líneas de amistad, de modo tan casual y periférico que las exposiciones de estos dos famosos juristas acerca del Derecho de Gentes únicamente se refieren, tan sólo por esta razón, a puntos de disputa secundarios, ignorando la estructura concreta del Derecho de Gentes europeo de aquella época.

Desde luego, ambos guardaban un cierto recuerdo de que existía algo así como una toma de la tierra. Sin embargo, no llegaron a relacionar la ocupación muy concreta de suelo no-europeo por potencias europeas, que estaba produciéndose ante sus propios ojos, en medida gigantesca, en las Indias Occidentales y Orientales, con sus concepciones acerca del derecho originario de propiedad. Pero Grocio se convirtió en este aspecto en el creador o inventor de una nueva construcción puramente jurídico-civil, que hoy día es corriente y natural para todos los juristas del Derecho civil, en la mayoría de los casos sin que sean conscientes de quién fue su autor: Grocio es el que descubrió la distinción entre la adquisición originaria y la derivativa de la propiedad de cosas. La distinción surge a raíz de la situación mundial del siglo XVII y es debida, en realidad, al anhelo del maestro holandés del Derecho de Gentes de hallar el nuevo nomos de la tierra que se hacía necesario como consecuencia de la gran toma de la tierra. En esta circunstancia se evidenció muy claramente la oposición entre la adquisición originaria y la adquisición derivativa de tierra, pues a pesar de los diversos tratados que los descubridores y conquistadores europeos habían concertado con soberanos y jefes nativos, ninguna de las potencias europeas se consideraba como sucesor jurídico de los nativos, sino más bien calificaba su adquisición de tierra colonial de originaria, y no sólo frente a los antiguos propietarios no-europeos, sino también frente a los competidores europeos. Desde el ángulo de vista de la historia del Derecho civil, la distinción entre la adquisición originaria y la derivativa no es ni mucho menos antigua, sino se remonta precisamente a los

capítulos correspondientes de la obra de GROCIO *De jure belli ac pacis*, o sea al año 1625[65]. Así pues, la diferenciación entre la adquisición originaria y la adquisición derivativa de propiedad se convirtió en uno de los casos más extraños de evolución del Derecho civil romano a raíz de proyecciones de una situación del Derecho de Gentes que, sin ser apreciada conscientemente en el aspecto jurídico, continuó influyento no obstante en el pensamiento.

Grocio habla en general, no haciendo referencia alguna a América, de una división de la tierra como forma de adquisición originaria de propiedad que se practicaba en tiempos antiguos. Bajo esta *divisio* entiende Grocio la *divisio primaeva*, la primera división y ocupación original de tierra. La frase en la que lo expresa se encuentra al principio de un capítulo y es el punto de partida para una exposición más amplia sobre la adquisición de propiedad que, sin embargo, se refiere únicamente a la propiedad de cosas y se mantiene en el margen del Derecho civil[66]. En lo que respecta a Pufendorf, este autor tiene conocimiento de una forma de adquisición de propiedad, que es citada por él como "toma común de posesión por una mayoría de personas" y que él distingue, como creación de la "propiedad general", de la formación de la propiedad privada específica[67], lo cual ya se aproxima mucho a la verdadera toma de la tierra.

Desafortunadamente, estos pequeños rayos de luz se extinguen en seguida porque son absorbidos inmediatamente por la discusión acerca de la adquisición de la propiedad privada de cosas. Cierto es que, en realidad, no presenta dificultades distinguir entre la cuestión de la adquisición originaria de propiedad dentro de una comunidad ordenada y establecida y la otra cuestión, totalmente diferente, de la toma de una determinada tierra por una comunidad (con "división" subsiguiente). Asimismo, cualquier jurista podrá comprender sin gran esfuerzo que la adquisición de suelo a raíz de la toma de la tierra por un pueblo entero es originaria en un sentido distinto al de la adquisición por parte de un miembro individual del pueblo. Tanto Grocio como Pufendorf establecen también una distinción entre el *ius gentium* y el *ius civile*; ambos subrayan, además, la diferencia entre el poder público (*imperium o iurisdictio*) y la propiedad privada o civil de las cosas (*dominium*). A pesar de ello, ninguno de los dos se refiere a la cuestión fundamental: la toma de la tierra no-europea por europeos. Ambos dejan al *ius gentium* en la penumbra que se produce al elevar concepciones del Derecho civil romano a generalidades del Derecho natural. Por otra parte, dejan el concepto de la *occupatio* entre dos luces en doble sentido, tanto entre el *ius gentium* y el *ius civile* como entre la adquisición de *imperium* (o *iurisdictio*) sobre hombre y la adquisición de *dominium*, es decir, propiedad de cosas. Mientras que Vitoria aún enfoca el problema fundamental —la legalidad de la toma de la tierra americana como un proceso *iure gentium*—, estos presuntos fundadores del Derecho de Gentes moderno siempre hablan únicamente de la adquisición de cosas en general.

Según señalado anteriormente, el título de adquisición a raíz de la ocupación sólo concernía a las relaciones entre las potencias europeas que efectuaban la toma de la tierra. Pero el primer problema de Derecho de Gentes era precisamente el de si las tierras de pueblos y soberanos no-cristianos y no-europeos eran "libres" y se encontraban sin dueño, y si los pueblos no-europeos se hallaban en un nivel tan bajo de organización que habían de convertirse en objetos de organización por parte de pueblos de nivel más elevado. Esta era la pregunta que Vitoria se había formulado con gran claridad y que había negado con franqueza. Sin embargo, para la ciencia del Derecho de Gentes de los siglos XVII y XVIII ya no es éste un problema fundamental, pues su interés práctico se centra en la lucha intraeuropea entre los Estados que se había entablado en suelo europeo en torno a la toma de la tierra en el Nuevo Mundo. Los títulos jurídicos de los portugueses y españoles, que se apoyaban en las concesiones papales para ejercer la misión, habían quedado sin vigor. Para las relaciones entre los países europeos que efectuaban tomas de la tierra —que eran ya lo único interesante—, sólo quedaban en

[65] DE FRANCISCI, *Il transferimento*, 1924, pág. 116; VALENTIN-AL. GEORGESCU, *Acquisition de la propriété en Droit romain, Etudes de philologie juridique et de Droit romain*, Bucarest y París, 1940, páginas 336, 343, 390; véase asimismo W. HELLEBRAND en la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, Rom. Abt., 1940.

[66] GROTIUS, *Des jure belli ac pacis*, libro II, cap. II y III; el punto de partida es la frase "Singulari jure aliquid nostrum fit acquisitione originaria aut derivativa. Originaria acquisitio olim fieri potuit etiam per divisionem".

[67] PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, libro IV, cap. 6 (adquisición en virtud del derecho del primer ocupante).

pie, como únicos títulos jurídicos, el descubrimiento y la ocupación. Con frecuencia, el descubrimiento podía ser calificado por los juristas, de manera poco clara, de parte de la ocupación[68]. El mero hallazgo de una tierra hasta entonces desconocida a los europeos les parecía ser a los juristas, cuyo pensamiento seguía la línea del derecho civil, un acontecimiento demasiado inseguro para poder reconocerlo inmediatamente como motivo de adquisición. Cuando hablaban de la ocupación, pensaban en una cosa corporal, una manzana, una casa o un terreno. En el siglo XVII, ya casi no se menciona la libertad de misión y propaganda que para Vitoria tenía una importancia tan decisiva. Para Pufendorf, incluso el "libre comercio" deja de ser un aspecto jurídico de la causa justa; también es suprimido simplemente, en el Derecho natural, a favor de un mercantilismo estatal que cada vez se hace más habitual[69].

El hecho es que entre tanto se había cristalizado la forma espacial que podía ser base de un Derecho de Gentes específicamente nuevo, del *Ius publicum europaeum*.

[68] JULIUS GOEBEL en *The Struggle for the Falkland Islands*, Yale University Press, 1927, págs. 115 y sigs., elogía el *Tractatus de Insulis*, de JOHANN GRYPHIANDER (GRIEPENKERL), del año 1623, quien, según él, ha restablecido el Derecho romano bajo condiciones modernas. Gryphiander exige "invenire" y "corporalis apprehensio" y opina que donde no hay dominio, tampoco hay territorio, es decir imperio o jurisdicción del príncipe. En efecto, las exposiciones de Gryphiander son extraordinariamente claras en comparación con las de Grocio. Pero no creo que haya solucionado el gran problema de la toma europea de la tierra; sólo pasa, de modo consecuente, del Derecho privado al Derecho público, lo cual responde a la realidad en muchos casos de tomas de la tierra por franceses, holandeses e ingleses, pero no afecta precisamente a la Conquista española, que no tenía nada de privado y, por lo tanto, era puramente jurídico-pública.

[69] PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, libro IV, cap. 5 (final).

Capítulo III
El Ius publicum europaeum

1. El Estado como entidad portadora de una nueva ordenación espacial interestatal de la tierra centrada en Europa

La aparición de inmensos espacios libres y la toma de la tierra en un mundo nuevo hicieron posible un nuevo Derecho de Gentes europeo de estructura interestatal. En la época interestatal del Derecho de Gentes, que duraría desde el siglo XVI hasta fines del siglo XIX, se logró un verdadero progreso, o sea una delimitación y acotación de la guerra europea. Este gran éxito no puede explicarse ni por las fórmulas medievales tradicionales de la guerra justa ni por conceptos del Derecho romano. Pudo producirse únicamente por el hecho de que surgió una nueva ordenación concreta del espacio, un equilibrio entre los Estados territoriales del continente europeo en su concierto con el imperio marítimo británico y sobre el fondo de inmensos *espacios libres*. Al surgir sobre suelo europeo varias formaciones de poder con territorio cerrado, con gobierno central y administración unificada y con fronteras firmes, habían aparecido los portadores adecuados de un nuevo *ius gentium*. Gracias a la ordenación concreta del espacio del Estado territorial, el suelo de Europa adquirió un *status* de Derecho de Gentes específico, y no sólo en sí mismo, sino tambien frente al espacio del mar libre y frente a todo suelo de ultramar, o sea no-europeo. Ello hizo posible, durante un período de trescientos años, un Derecho de Gentes común que ya no era eclesiástico ni feudal, sino estatal.

a) *La superación de la guerra civil por la guerra en forma estatal*

El primer efecto racionalizador producido por la entidad espacial llamada "Estado" consistió, en el campo de la política interior y exterior, en la "desteologización" de la vida pública y en la neutralización de las contradicciones de la guerra civil religiosa. Ello significaba que quedaban eliminados los partidos supraterritoriales de las guerras civiles de los siglos XVI y XVII y que cesaban las guerras civiles confesionales. Las divergencias entre los partidos religiosos quedaron anuladas, en el margen territorial del Estado y en nombre del Estado, por una resolución jurídico-pública que ya no era eclesiástica, sino estatal y gubernamental. Para el nuevo orden interestatal del continente europeo que estaba surgiendo desde la toma europea de la tierra en el Nuevo Mundo y para las guerras en dicho continente, la desteologización produjo una consecuencia evidente: la racionalización y humanización de la guerra, es decir la posibilidad de su acotación de acuerdo con el Derecho de Gentes, que consiste, como veremos más adelante, en que el problema de la guerra justa es separado de la causa justa, quedando sujeto a categorías jurídico-formales.

Fue una hazaña europea el que la guerra se convirtiera con todo rigor en una guerra librada entre Estados europeos soberanos como tales, y que fuera autorizada y organizada estatalmente. Se trataba de la superación del ergotismo confesional que había dado motivo, en las guerras entre partidos religiosos de los siglos XVI y XVII, para crueldades extremas y para la degeneración de la guerra en guerra civil. Aún en la Edad Media, cuando existía todavía una autoridad eclesiástica común, se había evidenciado el aspecto peligroso de la teoría de la guerra justa. El Concilio Lateranense de 1139, por ejemplo, había realizado el intento de limitar la guerra entre soberanos y pueblos cristianos, prohibiendo la utilización de flechas y artefactos de largo alcance. Esta prohibición es citada con frecuencia y es bastante conocida. Menos conocido, pero mucho más significativo es el hecho de que la glosa convirtió inmediatamente en un problema el efecto de la prohibición, invirtiendo incluso su sentido, ya que sólo la aplicaba a la guerra injusta, mientras que en la guerra justa cualquier medio estaría permitido a la parte justa. En este aspecto, ya se hace evidente la relación entre la guerra justa y la guerra total[70]. En las guerras entre los partidos religioso durante los siglos XVI y XVII también quedaría demostrada la relación, igualmente importante, entre la guerra justa y total y la guerra interna, o sea la civil.

Frente a ambas guerras, la religiosa y la civil, surge ahora la guerra puramente estatal del nuevo Derecho de Gentes europeo a fin de neutralizar las oposiciones entre los partidos y superarlas de este modo. La guerra se convierte, pues, en "une guerre en forme" por el mero hecho de que se transforma en guerra entre Estados europeos claramente delimitados en cuanto al espacio, en una disputa entre las entidades espaciales imaginadas como *personae publicae* que componen sobre el suelo europeo común la "familia" europea, y que tienen así la posibilidad de considerarse recíprocamente como *iusti hostes*. La guerra puede convertirse de esta manera en algo análogo a un desafío, un duelo entre personas morales territorialmente definidas, que determinan entre ellas el *Ius publicum europaeum* dividiendo entre sí el suelo de Europa, mientras que el suelo restante, no europeo del mundo es considerado en esta ordenación global del espacio, centrada aún totalmente en Europa, como libre, es decir libremente ocupable por Estados europeos. El suelo europeo se convierte de modo especial en escenario de guerra, en *theatrum belli*, en espacio acotado en el que ejércitos estatalmente autorizados y militarmente organizados miden sus fuerzas ante los ojos de todos los soberanos europeos.

En comparación con la brutalidad de las guerras religiosas y de partidos, que por su naturaleza son guerras de destrucción en las que los adversarios se discriminan mutuamente calificándose de criminales y piratas, y en comparación con las guerras coloniales, que son libradas contra pueblos "salvajes", esto significa una racionalización y humanización de efectos profundos. A ambas partes beligerantes les corresponde el mismo carácter estatal con idéntico derecho. Ambas partes se reconocen mutuamente como Estados. De este modo, se hace posible distinguir entre el enemigo y el criminal. El concepto de enemigo puede adoptar forma jurídica. El enemigo deja de ser algo que «ha de ser aniquilado". *Aliud est hostis, aliud rebelis* Con ello, se hace

[70] "Decretalium Gregori IX", lib. V, tít. XV de sagittariis, E. Nys, *Les origines du Droit International*, 1894, pág. 192 (decreto de Inocencio II).

posible asimismo concertar un tratado de paz con el vencido. Así, pues, el Derecho europeo de Gentes consiguió el acotamiento de la guerra con ayuda del concepto de Estado. Todas las definiciones que exaltan el Estado y que hoy día ya no suelen ser comprendidas se basan en esta gran hazaña, aunque en ulteriores situaciones se haya abusado de ellas o puedan haber parecido inadecuadas. Una ordenación de Derecho de Gentes que está basada en la liquidación de la guerra civil y que acota la guerra convirtiéndola en un duelo entre Estados europeos se ha legitimado en efecto como un imperio de razón relativa. La igualdad de los soberanos los convierte en *partenaires* de guerra con derechos idénticos y evita los métodos de la guerra de aniquilación.

El concepto del *iustus hostis* crea asimismo el espacio para una neutralidad de terceros Estados de acuerdo con el Derecho de Gentes, lo cual contribuye también a la neutralización de la justicia sangrienta de las guerras religiosas y de partidos. La justicia de las guerras que son libradas en suelo europeo entre los *magni homines*, las *personae morales* del *Ius publicum europaeum* como tales, representa un problema de índole especial. En ningún caso puede ser considerada, en el aspecto del Derecho de Gentes, como un problema teológico-moral de culpabilidad. Jurídicamente ya no implica en absoluto una cuestión de responsabilidad, ni tampoco un problema jurídico de *iusta causa* en cuanto al contenido moral, y sobre todo en el sentido normativista. Naturalmente sólo son admisibles, de acuerdo con el Derecho de Gentes, las guerras justas. Pero la justicia de la guerra ya no reside en la concordancia con determinados contenidos de normas teológicas, morales o jurídicas, sino en la calidad institucional y estructural de las formaciones políticas que libran entre ellas la guerra sobre un mismo plano y no se consideran mutuamente, a pesar de la guerra, como traidores y criminales, sino como *iusti hostes*. En otras palabras, el derecho de la guerra radica exclusivamente en la calidad de las partes beligerantes que son portadoras del *ius belli*, y esta calidad se basa en el hecho de que los que se combaten son soberanos en igualdad de derechos.

No es preciso exagerar la analogía antes mencionada entre la guerra interestatal y un duelo, pero sin embargo esta analogía es cierta en muchos aspectos y proporciona numerosos puntos de vista interesantes y eurísticamente útiles. Donde está reconocido el duelo como institución, la justicia de un duelo reside igualmente en la estricta separación entre la causa justa y la forma, entre la norma jurídica abstracta y el *ordo* concreto. En otras palabras, un duelo no es justo porque siempre obtiene la victoria la causa justa, sino porque la observación de la forma incluye determinadas garantías: en la calidad de las personas que se combaten en duelo, en la aplicación de un procedimiento determinado —que trae consigo la acotación del combate—, y sobre todo en la aportación paritaria de testigos. El derecho se ha convertido aquí totalmente en forma institucional: consiste en que dos hombres de honor, capaces de dar satisfacción, llevan a cabo un lance de honor según unas formas prescritas y ante testigos imparciales. En consecuencia, un desafío a duelo no representa un ataque ni un crimen, como tampoco lo es una declaración de guerra. Aquel que desafía a otro no tiene que ser precisamente el atacante en la causa. Así se desarrolla también, en su forma ideal, la guerra interestatal del Derecho de Gentes intra-europeo, en la que los Estados neutrales actúan de testigos imparciales. Por lo tanto, *es justa en el sentido del Derecho europeo de Gentes de la época interestatal toda guerra interestatal librada en suelo europeo, según las reglas del derecho europeo de guerra, por ejércitos militarmente organizados de Estados reconocidos por el Derecho europeo de Gentes* (comp. pág. 147 y sig.).

b) *La guerra como relación entre personas de idéntica soberanía*

¿De dónde proceden los hombres de honor, capaces de dar satisfacción, que se libran mutuamente este nuevo tipo de guerra? Un paso decisivo hacia la nueva magnitud "Estado" y hacia el nuevo Derecho de Gentes interestatal consistió en representar como personas a las estructuras de poder con territorio cerrado. De este modo adoptaban la calidad que daba sentido al establecimiento de una analogía entre la guerra y un duelo. Eran representadas como "grandes hombres", *magni homines*, y eran, en la fantasía de los hombres, realmente personas soberanas, pues no eran distinguidas estrictamente de las personas humanas de los soberanos representativos, de los portadores de coronas antiguas y nuevas, de reyes y príncipes. Estos reyes y príncipes pueden ser ahora "grandes hombres", puesto que

llegan a ser absolutos: se liberan de los vínculos medievales de índole eclesiástica, jurídico-feudal y estamental, y en cambio, pasan a estar sujetos a los vínculos de una nueva ordenación del espacio, cuya particularidad expondremos más adelante. Para la formación de conceptos del nuevo Derecho de Gentes interestatal es importante la personificación, puesto que precisamente gracias a ella los juristas de los siglos XVI y XVII, formados en el Derecho romano, encuentran un punto de partida para sus construcciones jurídicas. Ello tiene un significado extraordinario, ya que sólo de este modo se convierte la guerra en una relación entre personas que se atribuyen mutuamente un rango. Los soberanos se reconocen mutuamente como tales, y sólo así puede adoptar un nuevo sentido concreto el concepto del *iustus hostis* citado por autores de la Antigüedad. A este concepto del *iustus hostis* le corresponde una fuerza ordenadora muy distinta, más elevada que al concepto del *iustum bellum*.

Se sobreentiende que el surgimiento de tales "personas morales" y "grandes hombres" se debe a numerosas razones histórico-espirituales, y que también ha ejercido su influencia en ello el individualismo del Renacimiento citado con tanta frecuencia desde Jacobo Burckhardt. Pero en este lugar no analizaremos más profundamente este aspecto. El fenómeno psicológico del individualismo del Renacimiento es importante, pero aún no crea por sí solo un nuevo Derecho de Gentes[71]. Se trata más bien de la vinculación entre el conjunto espacial de poder y la persona representativa. Desde el ángulo de vista histórico-espiritual, el proceso de la personificación de conjuntos de poder político —tanto los de espacio cerrado como otros— ya estaba desarrollándose plenamente en el siglo XVI y era fomentado considerablemente por la tendencia alegorizante del Renacimiento, por lo que el modo de pensar de los juristas europeos se habituó a una personificación de potencias políticas y trataba a España, Inglaterra, Francia, Venecia o Dinamarca como grandes individuos[72]. Sin embargo, la personalidad del Estado soberano representativo no se impuso definitivamente hasta la época del Barroco del siglo XVII. A partir de 1648, con la Paz de Westfalia, también se fue concibiendo paulatinamente tales construcciones en la práctica de las relaciones políticas.

[71] Franz W. Jerusalem ha destacado con razón la correlación entre soberanía, individualismo, conciencia propia acentuada, gloria y prestigio, quizá primero en su ensayo *Völkerrecht und Soziologie*, 1921, y luego con frecuencia en sus obras sociológicas.

[72] Los trabajos de Boccalini representan todo un ejemplo de tales personificaciones mediante la alegorización. Venecia, Francia, España, Inglaterra, etc., son otras tantas "personas" que aparecen en escena hablando y actuando.

El Estado, como elemento de una nueva ordenación del espacio, como nuevo sujeto jurídico de un nuevo Derecho de Gentes, es comprendido ahora jurídicamente y es irresistible como concepto jurídico. Pero este Estado, es esencialmente, un territorio cerrado y unificado del suelo europeo que es representado al propio tiempo como un *magnus homo*. Ahora es cuando adquiere forma: como sujeto jurídico y "persona" soberana. Sólo con la clara delimitación espacial se hace posible una ordenación equilibrada del espacio basada en la coexistencia de las personas soberanas. Los nuevos *magni homines* están en igualdad de derechos y se reconocen mutuamente como tales, pero su igualdad como personas que son miembros del reducido círculo de soberanos europeos es distinta de la igualdad que resulta del hecho de que cada uno de ellos, aún el más pequeño, representa un peso en el sistema de equilibrio territorial. Así, pues, esta ordenación no sólo es "pública", *publici iuris*, por el carácter público de aquellas personas soberanas, sino también, y sobre todo, como ordenación auténtica del espacio. Sólo de este modo le fue posible desplazar los restos de la unidad medieval de una Respublica Christiana en parte hacia la esfera intraestatal y en parte hacia una esfera puramente privada.

La cuestión de quiénes eran, en la realidad concreta, estos nuevos *magni homines* que sustituían en Europa a la Respublica Christiana quedó prácticamente aclarada muy pronto, pues fue dirimida desde el siglo XVI en muchas guerras y numerosas conferencias, en batallas así como también en muchas disputas acerca de ceremonias y rangos. Al propio tiempo, los soberanos europeos continuaron siendo personalmente una familia unida por el parentesco y el derecho de sucesión. Hasta principios del siglo XVIII siguieron librando sus guerras como guerras de suce-

También el drama de Shakespeare, cuando es político, está determinado por el mismo principio de las personificaciones políticas, lo cual ha sido demostrado, según creo, convincentemente por Lilian Winstanley, sobre todo en cuanto a "Otelo" (*Othello, The Italian Tragedy*, 1924), una tragedia que, por su utilización de la palabra "State", es especialmente importante para la historia del término "Estado".

sión. Pero el punto decisivo con respecto al espacio es el equilibrio —desde el ángulo de vista de Inglaterra, es decir desde el mar— entre los Estados territoriales europeos representados como personas soberanas. Sin ellos ya no puede haber un Derecho europeo de Gentes. Los filósofos y juristas pueden discutir aún sobre cómo ha de construirse el nuevo *magnus homo*. También pueden formular más tarde la pregunta de si es la persona del príncipe como representante del Estado, o bien el Estado, representado por ella, como unidad territorial quien ha de ser considerado como el verdadero portador y el auténtico sujeto de la soberanía y del nuevo *Ius gentium* interestatal. En este punto, no debemos hacernos confundir por las agudas antítesis de los juristas alemanes del siglo XIX. Por motivos políticos internos, éstos han exagerado de un modo abstracto, tanto en el aspecto del Derecho de Gentes como en el del Derecho estatal interno, tales distinciones entre la persona soberana y la persona estatal. Pero éstas son cuestiones de importancia secundaria y en el fondo sólo póstumas en comparación con la realidad absolutamente dominante de la nueva ordenación del espacio en Europa basada en los nuevos Estados territoriales y su representación personificada en el "soberano".

Ciencia jurídica significaba en aquellos tiempos, ciencia del Derecho romano. Por ello, la ciencia del nuevo Derecho de Gentes no podía ser separada de la ciencia del Derecho romano de la época. En cambio, la ciencia del Derecho civil romano encontró ahora, en la *persona pública* del Estado europeo, un punto de partida para el desarrollo de sus pensamientos jurídicos. Llevaba a cabo esta labor construyendo la relación entre estas personas, la concreta coexistencia de varias entidades territoriales soberanas, algunas veces como una *societas*, otras como una *communitas*, y a veces también como una *familia* de personas soberanas en igualdad de derechos, tratando de sacar de ello consecuencias prácticas. En todo caso, las personas soberanas son, como tales, creadoras y portadoras del *Ius publicum europeaum* y se comportan entre sí como individuos humanos, pero desde luego no como hombres pequeños, individuos particulares dominados por el Estado, sino sencillamente como "hombres grandes" y personas públicas.

Como consecuencia de la personificación, se hace posible, en las relaciones entre los Estados soberanos, la aplicación de la

comitas así como también del *ius*. En este aspecto también son distintas las interpretaciones filosóficas y las jurídicas. Pero en este punto tampoco debemos permitir que cuestiones de importancia secundaria nos distraigan del hecho de que el nuevo *ordo* posee un carácter menos espiritual que espacial. Una de las cuestiones secundarias es, por ejemplo, la disputa acerca de si ha de imaginarse estos "grandes hombres" entre sí en "estado de naturaleza", más allá de una línea de amistad, figurándose este estado de naturaleza, por otra parte (según Hobbes), como una lucha asocial entre los Leviatanes o (de acuerdo con Locke) como una comunidad ya social de "gentlemen" que en el fondo ya están saturados, o bien si han de considerarse las relaciones entre los grandes, en un presunto aspecto jurídico-positivo, análogas a una *societas* jurídico-civil o más bien como una *communitas* jurídico-civil.

En todo caso, la analogía, según el Derecho de Gentes, entre el Estado y la persona humana, la *international personal analogy*, domina a partir de este momento todo el pensamiento de los juristas del Derecho de Gentes. De entre todas las construcciones científicas, la teoría de Hobbes acerca del estado natural de los *magni homines* ha demostrado poseer la mayor fuerza y verdad histórico-espiritual. Ambas líneas de la ciencia del Derecho de Gentes, la filosófica y la jurídico-positiva, coinciden en la idea de que los Estados soberanos, que, como tales, viven entre ellos en el estado natural, poseen el carácter de personas. ROUSSEAU, KANT y aún HEGEL (*Rechtsphilosphie*, párrafo 333) hablan todos ellos del estado de naturaleza entre los pueblos (estatalmente organizados)[73]. Sólo así ha llegado a ser accesible el *Ius gentium* al enfoque científico-jurídico y se ha convertido en una nueva disciplina independiente de la Facultad Jurídica. Únicamente mediante la personificación de los Estados territoriales europeos ha podido surgir una ciencia jurídica del *Ius inter gentes* interestatal.

Desde Hobbes y Leibniz hasta Kant, desde Rachel hasta Klüber, todos los autores eminentes afirman que los Estados, como "personas morales", viven entre sí, según el Derecho de Gentes, en estado de naturaleza, es decir que los portadores del

[73] Numerosas pruebas de ello en el trabajo extraordinariamente importante de EDWIN DE WITT DICKINSON, *International Personal Analogy*, en "The Yale Law Journal", XXII (1916-17), págs. 564 a 589.

ius belli, sin una autoridad superior institucional común, se enfrentan como personas soberanas en igualdad de derechos. Ello puede ser considerado como un estado anárquico, pero de ningún modo como un estado sin derecho. Pero desde luego es una cosa distinta del estado jurídico-feudal del derecho de violencia y resistencia vigilado por una *potestas spiritualis,* que tampoco carecía en modo alguno de derecho. Puesto que las personas soberanas son iguales, "por naturaleza", es decir en este estado natural, o sea son personas soberanas de la misma calidad, no tienen encima de ellas ni a un legislador común ni a un juez común. *Par in parem non habet iurisdictionem.* Por la razón de que cada una de ellas es juez en su propia causa, sólo están ligadas por tratados propios cuyo interpretación es asunto suyo. Puesto que cada una está en igualdad de soberanía con la otra, cada una de ellas posee el mismo derecho a la guerra, el mismo *ius ad bellum.* Aún cuando se supone que en la lucha en estado natural, "el hombre es lobo frente al hombre", ello no implica un sentido discriminatorio, porque incluso en el estado de naturaleza, ninguno de estos combatientes tiene derecho a suspender la igualdad y considerarse a sí mismo como hombre y en cambio al enemigo como mero lobo. Según podremos observar más adelante, en ello radica el nuevo concepto de guerra, que ya no es discriminatorio y que incluye la posibilidad de tratar a los Estados beligerantes, según el Derecho de Gentes, en condiciones de igualdad de derechos, es decir a ambos como *iusti hostes* y en idéntico plano jurídico y moral, y de mantener separados los conceptos de enemigo y de criminal.

c) *La ordenación amplia del espacio*

Ahora bien, ¿cómo es posible una ordenación basada en el Derecho de Gentes y una acotación de la guerra entre tales soberanos en igualdad de derechos? A primera vista, parece que en este Derecho de Gentes interestatal de soberanos con idénticos derechos todo está pendiente del frágil hilo de los tratados por los que estos Leviatanes se comprometen ellos mismos, del *pacta sunt servanda,* de la autoobligación, mediante tratados, de soberanos que permanecen libres. Este sería en efecto un tipo problemático y extraordinariamente precario de derecho. Sería realmente una asociación de egoístas y anarquistas, cuya

autoobligaciones recordarían la broma de las "autosujeciones de un contorsionista". Pero en realidad continuaban existiendo fuertes vínculos tradicionales, consideraciones eclesiásticas, sociales y económicas. Debido a ello, el nomos de esta época posee una estructura muy distinta y algo más sólida. Las concretas formas, instituciones y concepciones político-prácticas que se desarrollaron en esta época interestatal para la convivencia de las potencias europeas continentales revelan bastantes claramente que el verdadero y muy efectivo vínculo, sin el cual no puede existir un Derecho de Gentes, no consiste en la autoobligación altamente dudosa de la voluntad —que presuntamente permanece libre— de personas de idéntica soberanía, sino en la fuerza conciliadora de una *ordenación del espacio, centrada en Europa,* que abarca a todos estos soberanos. Su nomos tiene su base en la división del suelo europeo en territorios estatales con fronteras fijas. En esta relación es precisa inmediatamente una distinción importante: este suelo de Estados europeos reconocidos y de su territorio estatal tiene un *status* especial basado en el Derecho de Gentes. Es distinguido del suelo "libre" —es decir abierto a la toma de la tierra por europeos— de soberanos y pueblos no-cristianos. Aparte de ello, surge un tercer plano como consecuencia de la nueva libertad de los mares, que hasta entonces era desconocida totalmente en esta forma al Derecho de Gentes antiguo. Esta es la estructura del espacio en que se basa el pensamiento de un equilibrio entre los Estados europeos, y que hace posible un derecho "interior" de los soberanos europeos ante el fondo de inmensos espacios abiertos que son libres de una manera especial.

A través de la contemplación de esta nueva ordenación del espacio de la tierra se hace evidente que el Estado territorial soberano europeo (empleando la palabra "Estado" siempre en su sentido histórico concreto vinculado con el período de 1492 a 1890 aproximadamente) representa la única estructura creadora de orden en aquel período. La acotación de la guerra de acuerdo con el Derecho de Gentes, que había partido de la Iglesia, se había desvanecido entre guerras religiosas y guerras civiles confesionales. Su fuerza ordenadora ya no se manifestaba más que como *potestas indirecta.* En la combinación entre la ordenación estatal del espacio y la forma estatal de organización se basa, en cambio, el hecho, siempre de nuevo sorprendente,

de que se consiguiera una nueva acotación de las guerras europeas por un período de dos siglos, puesto que se hizo posible llevar a la realidad el concepto de un *iustus hostis* y distinguir, en el Derecho de Gentes, entre el adversario y el traidor y criminal. El Estado soberano reconocido podía continuar siendo un *iustus hostis* aún en la guerra contra otros Estados soberanos y terminar la guerra por medio de un tratado de paz, es decir un tratado de paz que incluía una cláusula de amnistía.

d) *La teoría del Estado de Hegel y la teoría de la guerra de Rousseau*

Las definiciones de Hegel del Estado como "imperio de la razón objetiva y la moral" han sido citadas con gran frecuencia en sentido afirmativo o negativo, pero pocas veces han llegado a ser conscientes los autores de que las construcciones de Hegel, que parecen ser tan metafísicas, poseen un sentido histórico extraordinariamente político-práctico. Son ontónomas y adecuadas en grado máximo y expresan una realidad histórica de doscientos años. Lo que insinúan las formulaciones de Hegel, de la que se ha dicho que son exageradamente metafísicas, no es en el fondo más que la confirmación de que ha sido la forma histórica de organización —concreta en cuanto al espacio— de esta época, o sea el Estado, el que ha actuado, al menos en suelo europeo, como portador del progreso en el sentido de una creciente racionalización y acotación de la guerra. En este aspecto, las frases de Hegel expresan exactamente lo mismo de lo que un estadista experimentado y en modo alguno exagerado del *Ius publicum europaeum*, Talleyrand, formuló en su memoria acerca de la barrera continental de 1805: que toda la evolución del *Droit des Gens*, todo lo que ha desarrollado la Humanidad hasta ahora en el terreno del llamado Derecho de Gentes, consiste en una sola obra llevada a cabo por los juristas y los gobiernos del continente europeo durante los siglos XVII y XVIII y continuada en el XIX, o sea la racionalización y humanización de la guerra, y que esta racionalización y humanización de la guerra, por su parte, sólo consiste esencialmente en el hecho de que la guerra europea es acotada como guerra de Estados en suelo europeo, siendo considerada como una relación entre un Estado y otro y entre un ejército estatal y otro.

La afirmación de Telleyrand se apoya en una frase de

Rousseau, quien orientó asimismo las formulaciones frecuentemente citadas que Portalis expuso en 1801 en ocasión de la apertura del Tribunal francés de presas[74]. La frase universalmente famosa de ROUSSEAU, por su parte, figura en su *Contrat social* (libro 1) del año 1762 y reza así: "La guerre est une relation d'Etat à Etat". Sólo comprenderemos la génesis histórico-espiritual de una formulación semejante cuando hayamos alcanzado en el capítulo siguiente una visión de la evolución del concepto de guerra desde fines del siglo XVI hasta fines del XVIII. Por el momento, analicemos únicamente las razones que el propio Rousseau aduce para su frase innovadora.

Pero desde luego sufriremos en este punto una cierta decepción, pues el filósofo que en otras ocasiones es tan pretensioso, hace uso en este lugar de un artificio sorprendente y casi primitivo: aprovecha la ambigüedad de la que padece la palabra "état". Puede escribirse esta palabra con minúscula o mayúscula, état y Etat. La guerra, dice Rousseau, es un estado, un "état de guerre" (état con minúscula). Por este motivo, sólo ha de ser posible, como "état", d'Etat à Etat (Etat esta vez con mayúscula). De hecho, ésta es toda la argumentación, que no deja de tener profundidad, pero es casi imposible creer que tuviera tal efecto. Seguidamente Rousseau afirma que de una guerra no podrían resultar relaciones personales algunas, sino únicamente relaciones reales. ¿Por qué? Porque la guerra es un "état" (état de nuevo con minúscula). El Estado como tal (Etat con mayúscula) —continúa el texto— sólo puede tener, en consecuencia, como adversario a otro Estado (Etat), pero no a personas. Con ayuda de tales juegos de palabras entre état y Etat es resuelto en pocas líneas el gran problema universal de la guerra. Este ejemplo de una "raison raisonnante" es presentado bajo el título "De l'esclavage". El hecho de que tuviera un éxito semejante es, desde luego, más importante que la argumentación buena o mala, y además, es posible que sea explicable, pues el gran efecto de aquellas observaciones acerca de état y Etat presupone toda la fuerza racionalizadora del concepto de *Estado*, y el capítulo mencionado de Rousseau condensa auténticos argumentos de la literatura científico-jurídica de los siglos XVII y XVIII al recolectar

[74] LASSUDRIE-DUCHENE, *J. J. Rousseau et le Droit des gens*, 1906; C. HOFER, *L'influence de J. J. Rousseau sur le Droit de la guerre*, Ginebra, 1916.

del árbol del espíritu europeo los frutos maduros de dos siglos de pensamiento. Esta labor de pensamiento estaba dedicada al concepto del *iustus hostis*, y será estudiada más detalladamente a base de algunos ejemplos en el capítulo siguiente.

Una ironía trágica es el hecho de que precisamente este Contrato Social de Rousseau, con su concepto de guerra puramente estatal, se convirtió en la biblia de los jacobinos, es decir de los mismos jacobinos que difamaban la clásica guerra de Estados puramente militar del siglo XVIII como guerra de gabinete del *ancien régime* y rechazaban la eliminación de la guerra civil y la acotación de la guerra exterior, conseguida por el Estado, como asunto de tiranos y déspotas. La guerra puramente estatal fue sustituida por ellos por la guerra del pueblo y la "levée en masse" democrática. Sin embargo, el éxito de la formulación rousseauniana demuestra, en todo caso, la victoria del concepto de guerra interestatal, que fue restituido para el siglo XIX por la obra restauradora del Congreso de Viena. El Estado se había impuesto como forma de unidad política, y el sentimiento de seguridad estatal del *ancien régime* era tan vigoroso que un juego de palabras acerca de état y Etat fue suficiente para provocar entre los diplomáticos algo así como una *communis opinio*. Tras las sacudidas de las guerras napoleónicas, esta *communis opinio* aún poseyó la fuerza suficiente para restablecer y restaurar por todo el siglo XIX la acotación estatal específica de la guerra.

Así, pues, se había conseguido efectivamente, al menos en cuanto a la guerra terrestre en suelo europeo, una acotación y limitación de la guerra. Este milagro había sido producido por la transformación de las guerras civiles religiosas de carácter internacional de los siglos XVI y XVII en "guerras en forma", es decir en guerra de Estados de acuerdo con el Derecho europeo de Gentes. De las "noches de San Bartolomé" de las guerras entre partidos religiosos había surgido el Estado europeo, y con ello la acotación de la guerra terrestre europea y su conversión en guerra puramente estatal como obra de arte de la razón humana. Pero desde luego fue precisa para ello una penosa labor jurídica, que merece que le echemos una mirada para poder comprender el hecho sorprendente de que durante dos siglos enteros no se produjo ninguna guerra de aniquilación en suelo europeo.

2. La transformación de las guerras medievales (cruzadas o contiendas) en guerras no-discriminatorias entre Estados (desde Ayala hasta Vattel)

La gran labor de pensamiento que fue necesaria para que surgiera el Derecho de Gentes europeo interestatal no debe ser valorada según las fórmulas aisladas antes mencionadas de Rousseau y Talleyrand. Más bien, vale la pena considerar la evolución desde el siglo XVI al siglo XVIII, que condujo a la cristalización de un concepto de guerra humanizado. En este aspecto, merecen especial atención algunos juristas eminentes del Derecho de Gentes que elaboraron el concepto de guerra de una ordenación europea interestatal del espacio. Enlazando inmediatamente con Bodino, el verdadero creador de este Derecho estatal específico, nuevo en aquel entonces, estos juristas ya aclararon hacia finales del siglo XVI el punto esencial, o sea el acotamiento de la guerra mediante una nueva ordenación referida específicamente al Estado.

a) *Baltazar Ayala*

En primer lugar ha de ser mencionado Baltazar Ayala, que fue auditor del ejército español de los Países Bajos insurrectos, y que publicó en 1582 sus tres libros *De jure et officiis bellicis et disciplina militari*. John Westlake editó la obra dentro de la serie Classics of International Law (Washington, 1912), con una introducción en la que señala que Ayala fue más bien un erudito que un pensador, lo cual, en términos generales, debe ser cierto. Sin embargo, ya se evidencia en Ayala quien cita con frecuencia la *Respublica* de BODINO y su *Methodus*, el efecto esclarecedor de la orientación legística de este autor y, en especial, de su nuevo concepto de la soberanía estatal. Al menos en el Libro 1 de su obra, Ayala da el paso decisivo frente a Vitoria y toda la Edad Media con una resolución que no habían mostrado aún los autores españoles del siglo XVI, como Soto, Vázquez y Covarrubias. En su posición frente a los Países Bajos insurrectos, el neerlandés español subraya especialmente, como es natural, la diferencia entre aquellas guerras que son libradas entre portadores del poder estatal soberano, por una

parte, y las guerras civiles, por otra. Sólo la lucha armada entre soberanos estatales es guerra en el sentido del Derecho de Gentes y puede corresponder al concepto del *iustus hostis*. Todo lo demás es persecución penal y supresión de bandidos, rebeldes y piratas.

La guerra privada es calificada expresamente de no-guerra. *Nam ad privatum nun spectat bellum movere.* Si el individuo particular ofrece resistencia es un rebelde, y el rebelde no es un *iustus hostis*; no posee ningunos derechos de guerra, *iustus postliminii*. No es tratado como prisionero de guerra y no puede beneficiarse del botín de guerra. *Aliud est hostis, aliud rebellis.* Ayala ni siquiera está dispuesto a atribuir al rebelde un derecho de embajada. Todo el problema de la justicia de la guerra es formalizado de la manera más clara por el concepto del *iustus hostis* y trasladado al plano de una guerra bilateral librada entre Estados soberanos. La cuestión del *bellum iustum* es distinguida estrictamente de la cuestión de la *iusta causa belli. Iustum bellum* es la guerra entre *iusti hostes*; justo en el sentido de la guerra justa equivale a "correcto", "perfecto" en el sentido "ajustado a la forma", al igual que se habla de *iustum matrimonium*. Algunos autores clásicos conocen, en este sentido del perfecto ajustamiento a la forma, incluso un *iustus exercitus*, una *iusta acies*, un *iustus dux*. La ciencia jurídica humanística del siglo XVI, en especial Alciato y Budeo, los destacaron expresamente, y los creadores del nuevo Derecho de Gentes interestatal se apoyaron precisamente en la definición de los juristas humanísticos. Justa en el sentido puro de la forma lo es únicamente la guerra pública, pero por otra parte también lo es cualquier guerra pública librada entre soberanos, como *aequales* sobre un mismo plano. El concepto de guerra paritario, no discriminatorio, el *bellum utrimque iustum*, es desarrollado con gran claridad a partir del concepto del enemigo justo en ambos lados. Forma parte de la naturaleza del *hostis* la *aequalitas*. Por ello, bandidos, piratas y rebeldes no son enemigos, no son *iusti hostes*, sino objetos de la persecución penal y de la eliminación.

Esta teoría es expuesta por Ayala con toda agudeza en el primer libro (capítulo 2) bajo el título "De bello justo et justis belli causis". Este capítulo causa la firma impresión de que el autor es un pensador y no sólo un erudito humanístico. El jurista hispano-neerlandés se encuentra aquí en una situación de actualidad, dentro de la ordenación de Estados europeos que está surgiendo, y cuyo sentido histórico es la superación de la guerra civil religiosa. Frente a ello desmerece considerablemente el segundo libro (capítulo 1). Expone Ayala detenidamente que una guerra sólo puede ser emprendida por una causa justa, *non nisi ex iusta causa*, y lo documenta, al estilo de la erudición retórico-humanística, con una serie de citas. Pero ello no varía en absoluto el hecho de que el concepto de guerra cambió totalmente, frente a la Edad Media, al adquirir la guerra carácter interestatal. Esta transformación estaba basada en cuatro argumentos que ya habían sido divulgados por la doctrina de la Edad Media tardía, pero que sólo adquirieron su fuerza de penetración en la historia universal y en el Derecho de Gentes gracias al concepto de la soberanía estatal de Bodino. Tres de estos argumentos ya pueden distinguirse en las obras de Ayala y las convierten en testimonio de una transición histórico-jurídica.

1. La característica de una "guerra en el sentido justo" es desviada de la justicia material de la causa justa hacia las cualidades formales de una guerra jurídico-pública, es decir interestatal, librada por portadores soberanos de la *summa potestas*.

2. El concepto de la guerra justa es formalizado por el concepto del *enemigo* justo; el concepto del enemigo, por su parte, se orienta enteramente, dentro del concepto del *iustus hostis*, por la cualidad del soberano estatal. De este modo es establecida, sin consideración a la causa justa o injusta, la paridad e igualdad de las potencias beligerantes y es creado un concepto de guerra no-discriminatorio, puesto que también el Estado soberano beligerante sin causa justa continúa siendo, como Estado, un *iustus hostis*.

3. La decisión sobre si existe o no una causa justa le corresponde exclusivamente a cada soberano estatal.

A estos tres puntos de vista formales, ya claramente reconocibles en la obra de Ayala, se añade en medida creciente, en el curso de la evolución ulterior, un argumento típicamente relativista y agnosticista. Se trata de la consideración de que es difícil, e incluso en el fondo imposible, contestar inequívoca y convincentemente la pregunta de cuál es el lado en el que reside, en realidad y en concreto, la causa justa de la guerra. El propio

Ayala, sin embargo, no considera válido este punto de vista y subraya, con referencia al interrogante de la causa justa, que la guerra ha de ser justa en uno de los lados y no puede serlo en ambos, lo cual se explica por su tendencia a no atribuir de ningún modo a los rebeldes derecho de cualquier índole. No obstante, ya surgieron en el siglo XVI dudas basadas en la relatividad de la cuestión.

b) *Las dudas acerca de la guerra justa*

La teoría medieval de la guerra justa había llegado a ser extraordinariamente problemática debido a un exceso de cláusulas y distinciones para la aplicación práctica. En el libro 19 de la *Civitas Dei*, San Agustín había hablado de la guerra y había expresado con frases conmovedoras, en el capítulo 7 de este maravilloso libro, que ante la deficiencia humana, la idea de una guerra justa hacía aún más deprimente, para una persona sabia, el pensamiento de la guerra. En el capítulo siguiente (8), San Agustín se lamenta de la terrible dificultad de distinguir correctamente entre el amigo y el enemigo. Santo Tomás de Aquino (*Summa Theol.* II, II qu. 40) había establecido cuatro requisitos para la guerra justa: fin puramente pacífico sin odios ni ambiciones, causa justa, declaración de guerra por autoridad legítima y prohibición de toda mentira. En cuanto a sus consideraciones acerca de estos cuatro puntos, se dice en una exposición sobre este tema, ya citada anteriormente, que "después de leer la descripción de la guerra justa por Santo Tomás, se pregunta uno cuántas guerras pueden haber sido totalmente justas"[75]. Ya hemos hablado sobre las numerosas dudas de Francisco de Vitoria acerca de la guerra justa. También aquí cabe preguntarse cuál de las guerras de toda la historia de la humanidad haya podido ser verdaderamente justa desde el principio al fin, y no es de extrañar que un autor teológico moderno llegue finalmente a la conclusión de que sólo los santos son plenamente capaces de

[75] Charles Journet, *L'Eglise du verbe incarné*, I, París, 1941, pág. 364. Journet señala que también en el *régime sacral* de la Edad Media, los cruzados actuaban "*en* chrétiens mais non pas *en tant que* chrétiens". Comp. texto anterior, pág. 36, nota.

realizar conciliación de amor interno y guerra externa que forma parte de la naturaleza de la guerra justa[76].

Bajo la influencia de nuevas corrientes espirituales, fue siendo destruido, por y en sí mismo, el postulado de la causa justa por argumentos agnósticos, escepticistas y decisionistas. En lo que se refiere a los motivos agnósticos y escepticistas, éstos se manifiestan agudamente en los humanistas. Es destacado cada vez con más frecuencia que casi no sería posible decidir en concreto sobre cuál de los Estados beligerantes está real y plenamente en su derecho. Erasmo ya había hallado numerosas formulaciones convincentes para esta actitud escéptica y, con un escepticismo humanista, había preguntado: *¿Cui non videtur causa sua iusta?* Alberico Gentili expuso detalladamente sus pensamientos, que tienen la misma orientación, en un capítulo especial con el título "Bellum iuste geri utrumque" (I, 6). Una corriente espiritualista religiosa llegó, por motivos más profundos, a una elevada comprensión imparcial de la justicia y aún más de la injusticia en ambos lados[77]. Las dificultades prácticas de una aclaración de las circunstancias de las causas respectivas son, desde luego, evidentes e insuperables. Naturalmente, había que admitir la posiblidad de que ninguna de las partes beligerantes estuviera en su derecho. El *bellum utraque parte iniustum* ya había sido una cruz de la doctrina medieval. Al propio tiempo, existe siempre la posibilidad ulterior de que una guerra que al principio era justa en uno de los lados se convierta, por ejemplo, por represalias desproporcionadas en el curso de las acciones en una guerra justa en el lado contrario. Según se dice, hay pocas guerras totalmente justas. ¿Cuál es la situación, pues, ante la guerra parcialmente justa? ¿Quién contestará a las innumerables y complicadas preguntas acerca de los hechos y la

[76] Gustave Thibon, *Etudes carmélitaines*, 1939, págs. 63-67 (citado por Charles Journet, lug. cit.): "Si la guerre éclate, il faudra —et ce ne sera pas chose facile, et seuls les saints en seront pleinement capables— que le chrétien allie sans cesse le désir de vaincre au souci de ne pas se laisser dénaturer —ou plutôt désurnaturaliser— par la guerre, il faudra qu'il réalise ce paradoxe de garder l'amour en faisant les gestes de la haine".

[77] El concepto "imparcial" es utilizado por primera vez por espiritualistas como Sebastian Franck, Erich Seeberg, Gottfried Arnold, *Studien zur Historiographie und zur Mystik*, Meerane, 1923, pág. 227 y sig., cap. 4: "Die historische Methode".

culpabilidad sobre todo cuando se trata de guerras de coalición y en una época de la política secreta de gabinete? ¿Cómo podrá informarse un juez crítico escrupuloso, que no sea casualmente el confesor de todos los contrincantes importantes, sobre los secretos de Estado y los arcanos de ambas partes beligerantes, sin los que jamás ha habido una gran política? Y ¿cuánta probabilidad existe aún entonces de que ambas partes, a pesar de todo, afirmen subjetivamente y de buena fe estar en su derecho y tengan buenas razones para considerar al adversario, que hace uso de su derecho en una cuestión determinada, precisamente por ello como un enemigo tanto más peligroso?

Desde Bodino, se añade a esta actitud escéptica y agnóstica, para el verdadero jurista, el problema *decisionista* que el concepto de la soberanía hace surgir necesariamente. ¿Quién es, en realidad, competente para decidir autoritariamente en todas las evidentes, pero impenetrables cuestiones de los hechos y los problemas jurídicos a los que conduce la investigación de la causa justa? La alegación de la razón jurídica y la justicia moral de la causa propia y la afirmación de la injusticia del adversario no hace más que agudecer y profundizar de la manera más horrible la contienda entre las partes beligerantes. La beligerancia de la época feudal y las guerras civiles religiosas en torno a la verdad y la justicia teológica ya habían demostrado este hecho. Sin embargo, el soberano estatal puso fin, por medio de su decisión soberana, a todos estos altercados brutales y cuestiones de culpabilidad. Fue ésta su obra histórica, pero también histórico-espiritual. El interés jurídico ya no se centraba, en realidad, en el contenido normativo de justicia y la investigación de las circunstancias de la causa justa, sino meramente en la forma, el procedimiento y la competencia. Tanto en el Derecho de Gentes como en el Derecho intraestatal surgió, frente al ergotismo sin fin que representaba la afirmación de una causa justa, el simple interrogante: ¿Quién es el que decidirá?, o sea el gran *¿quis iudicabit?* Lo mismo en el aspecto intraestatal como en el interestatal, sólo podía ser el soberano. Pero en el Derecho interestatal de los soberanos no existe una instancia judicial suprema y última por encima de las dos partes, pues en este terreno rige el principio de la igualdad de los soberanos. *Par in parem non habet iurisdictionem.* La igualdad de los "enemigos justos" lleva al tercero a la neutralidad. Por lo tanto, aquí únicamente puede haber una sola respuesta decisionista: cada persona estatal soberana decide por sí misma acerca de la causa justa. El Estado que no se decide permanece neutral, y viceversa: quien es neutral, se abstiene de decidir sobre la razón y la norazón de los beligerantes.

De este modo, la guerra entre Estados europeos se convierte en un conflicto armado entre *hostes aequaliter iusti.* ¿Cómo debería ser decidida de otra manera la cuestión de la guerra justa, puesto que faltaba una autoridad eclesiástica? ¿Es que debería decidir el súbdito de un Estado beligerante sobre la justicia o injusticia de los motivos de su Gobierno? El resultado sería la guerra civil y la anarquía. ¿O quizá el soldado individual? Ello conduciría a la sublevación y la traición. ¿O bien el Estado neutral que no participa en la guerra, que en tal caso dejaría de ser imparcial, es decir, ya no sería neutral y ajeno? Ha de recordarse siempre de nuevo que el sentido histórico del Estado moderno reside precisamente en que puso fin a toda la disputa acerca de la causa justa, o sea acerca del derecho material y la justicia material en el antiguo sentido jurídico-feudal, jurídico-estamental o teológico-religioso. Con ello, el soberano estatal se convierte en portador de la nueva ordenación del espacio dentro de su territorio delimitado y cerrado, y tiene la posibilidad de superar la guerra civil por medio de la decisión soberana. Dentro de este Estado ya no hay enemigos, y los juristas estatales ya no saben qué hacer con el concepto de enemigo[78].

El Estado territorial soberano da forma a la guerra, y no por medio de normas, sino por el hecho de que acota la guerra sobre la base de la soberanía territorial mutua, convirtiéndola en una relación entre entidades específicamente organizadas, concretas en cuanto al espacio, o sea en una acción militar, desarrollada en suelo europeo, de unos ejércitos estatalmente organizados contra otros ejércitos también estatalmente organizados en el lado contrario. Hubo muchos autores medievales que ya exigieron que la guerra fuera "pública" y que fuera librada por un "princeps"; pero ellos aún denominaban guerra a la guerra

[78] "Para el historiador del Derecho, los conceptos enemistad (hostilidad) y venganza encierran una dificultad extraña. Toda historia del Derecho es, en último término, historia del ordenamiento jurídico contemporáneo. Este, sin embargo, no conoce la enemistad", según señala OTTO BRUNNER, *Land und Herrschaft*, segunda edición, 1942, página 30.

privada. En cambio, cuando Baltazar Ayala y Alberico Gentili señalan que "la guerra ha de ser pública, en ambos lados", ello significa ya que ha de ser interestatal, y cuando estos juristas humanistas exigen que la guerra sea librada en ambos lados por "príncipes", también significa que sea librada por Estados territoriales soberanos. En este nuevo concepto de *Estado* está contenido todo lo que puede decirse sobre la justicia de la guerra de Estados. La guerra no-pública es la guerra no-estatal, y no sólo es injusta, sino que ya no es guerra en el sentido del nuevo Derecho de Gentes. Puede ser muchas otras cosas: rebelión, sublevación, violación de la paz del país, barbarie y piratería, pero no guerra según el nuevo Derecho europeo de Gentes.

c) *Alberico Gentili*

Pocos años después de la obra de Ayala apareció la primera *Commentatio de jure belli* de ALBERICO GENTILI (Londres, 1588), que ha sido publicada junto con las dos siguientes (Londres, 1589) dentro de la serie "Classics of International Law" (Washington, 1931), en reproducción fotomecánica a base de la edición de 1612. La fama de Alberico Gentili tiene, lo mismo que la fama de Francisco de Vitoria, una historia propia; no en el mismo grado y en la misma extensión, pero sí como otro bello ejemplo del destino de nombres de la ciencia del Derecho de Gentes. Pero la historia de esta fama no será comentada detalladamente en este lugar[79]. Lo mismo que en Ayala, también puede percibirse

[79] Tras haber sido descubierto de nuevo Alberico Gentili por Th. E. Holland, su sucesor en la cátedra de Oxford (1874), algunos racionalistas italianos comenzaron a compararle a Giordano Bruno y a elogiarle como mártir de la libertad de pensamiento. En aquella época (1875) fue apareciendo una literatura extensa, y se constituyó en Oxford un comité bajo la presidencia de Sir Robert Phillimore. En el año 1876 fue fundado en los Países Bajos, bajo el profesor Asser, un "Comité Albericus Gentilis", que, sin embargo, fracasó a causa de las protestas de admiradores holandeses de Grocio y terminó erigiendo en Delfft una estatua de Grocio. ¡Qué espléndida victoria del mito grociano! A Alberico Gentili no le fue dedicado un monumento hasta el año 1908, o sea con motivo del 300 centenario de su muerte y en su ciudad natal, San Ginesio. Sobre estos acontecimientos interesantes para la sociología de la ciencia del Derecho de Gentes informan H. Nézard en la colección Fondateurs de Droit international, 1904, página 43, y G. H. van der Molen, Albericus Gentilis, Amsterdam, 1937, págs. 61 y sigs.

en Gentili el efecto inmediato de Juan Bodino. Sólo por ello adquieren su actualidad para el Derecho de Gentes los sabios pensamientos de grandes juristas como Budeo y Alciato. Numerosas definiciones de Gentili coinciden con las de Ayala, como por ejemplo la acentuación del carácter jurídico-público de la guerra, el concepto del *iustus hostis*, que es separado claramente de la cuestión de la causa justa, y la *aequalitas* de los *hostes* beligerantes que se deriva de este concepto del enemigo justo. Todo ello es formulado por Gentili mucho más concreta y conscientemente que por Ayala, con una fuerza de definición jurídica mucho mayor y con un extraordinario racionalismo humanístico y un estilo lingüístico sorprendente. A ello se añade un material expuesto del modo más dinámico,con numerosos ejemplos de la Antigüedad clásica, del Antiguo Testamento y de la historia de la época. Causa un efecto de especial actualidad el gran ejemplo de los numerosos dictámenes jurídicos que fueron presentados alrededor de 1580 por los pretendientes al trono portugués, sin que Felipe II de España o su confesor vacilaran lo más mínimo en sus propósitos.

Así pues, el gran interés histórico por Alberico Gentili es perfectamente comprensible. Puede estar justificado, asimismo, señalar, como H. Nézard, que Gentili fue el primero en calificar la guerra privada como no-guerra, aunque Ayala ya lo había hecho. Con ello, se impone un nuevo concepto de guerra que está determinado por la idea del Estado soberano, se basa en la *aequalitas* de los *iusti hostes* y ya no establece una discriminación entre los beligerantes según la justicia o injusticia de la causa de la guerra. De este modo se produce un cambio decisivo, al menos en la conciencia científica de la vanguardia intelectual de aquella época. Todo el capítulo 9 del primer libro *De jure belli* de ALBERICO GENTILI (¿An bellum justum sit pro religione?) representa una polémica dinámica contra las guerras religiosas y la teoría de la guerra justa apoyada por los teólogos. El capítulo 10 establece el principio *cuius regio eius religio*, aunque con la reserva de la tolerancia según el ejemplo de Bodino. Vitoria es citado con frecuencia, pero como argumento contra el tratamiento teológico de la cuestión de la guerra planteada por el Derecho de Gentes. El distanciamiento de los juristas de un Derecho de Gentes teológicamente enfocado se había manifestado por primera vez de una forma clara. *¡Silet theologi in munere alieno!* en

lo que exclama Gentili a fin de excluir a los teólogos de la discusión en torno al concepto de guerra y salvar un concepto no-discriminatorio de la misma (I, 12). Es el Estado como nuevo orden racional el que demuestra ser el portador histórico de la desteologización y la racionalización y que alcanza el primer escalón de la conciencia científico-jurídica de su valor en la obra de dos juristas: Bodino y Gentili.

d) *Grocio acerca del problema de la guerra justa*

En comparación con los pensamientos de estos dos juristas —sin hablar de la ulterior claridad sistemática y fuerza conceptual de Tomás Hobbes—, el curso de las ideas de Hugo Grocio es en todos los puntos decisivos vacilante e inseguro. Grocio califica incluso la guerra privada de guerra en el sentido del Derecho de Gentes. A pesar de ello, Grocio es, según el criterio habitual, el verdadero fundador del Derecho de Gentes "moderno". Lo mismo que con respecto a Vitoria y Alberico Gentili, la historia de la fama de Grocio sería, como tal, un tema interesante[80]. Pero no nos proponemos profundizar en el mismo, sino nos contentaremos con una aclaración de las afirmaciones acerca de la guerra justa, con frecuencia mal interpretadas, por parte de autores desde Grocio hasta Vattel.

La causa de la confusión reside casi siempre, según hemos mencionado ya, en la incapacidad de distinguir entre el concepto del *bellum iustum*, como concepto jurídico formal de un ordenamiento concreto, y la cuestión real y material de las causas justas de la guerra. Así pues, los autores desde Grocio a Vattel continúan utilizando, en sus consideraciones sobre el Derecho de Gentes, las formulaciones tradicionales de la escolástica acerca de la guerra justa, y aún siguen subrayando que una guerra sólo debe ser librada *ex iusta causa*. Pero esto es algo natural y evidente, puesto que todo soberano afirma estar en su derecho y tener razón; puesto que tan sólo por motivos propagandísticos no puede decir otra cosa; puesto que no existe una instancia arbitral superior y puesto que, a pesar de todas las aseveraciones sobre el requisito de la justicia, todo soberano beligerante posee el mismo derecho de hacer prisioneros y botín. En la práctica, pues, la guerra siempre es considerada como justa en ambos lados, como *bellum utrimque iustum*.

[80] Contiene una contribución extraordinariamente interesante a la historia de la fama de Hugo Grocio el trabajo —citado en la página 147— de PAULO MEREA (Coimbra) *Suárez, Grocio, Hobbes*, Coimbra, 1941, en el que su autor señala con razón que Grocio —*volens, nolens*— ha permanecido aferrado a la herencia medieval-escolástica. Sobre la fama de Alberico Gentili véase pág. 182.

En el aspecto del Derecho de Gentes, la pretensión de librar una guerra unilateralmente justa sólo es de interés, para nuestro análisis, desde un ángulo de vista muy especial; o sea, es imaginable que un Estado beligerante, mediante el reproche de la guerra injusta, se proponga denunciar que la actitud de su adversario podría negar fundamentalmente —como *ordenación general europea*— y alterar la ordenación interestatal del espacio basada en el Derecho de Gentes europeo, dentro de la cual se mueven las reclamaciones de ambos lados. Este es el sentido de una teoría que partía del equilibrio europeo y dominaba el Derecho de Gentes del siglo XVIII, y que condujo a que las guerras contra un soberano que alterara el equilibrio fueran consideradas admisibles y "justas" en este sentido específico del espacio[81]. Durante las guerras napoleónicas, este equilibrio estaba realmente amenazado. Pero esta amenaza quedó eliminada por el Congreso de Viena de 1814-15 mediante una eficaz restauración con efectos hasta el año 1914. Desde luego, los juristas que discutían la causa justa pensaban casi siempre de una forma meramente normativista y no sobre la base de ordenaciones concretas del espacio. Para los estadistas y diplomáticos, en cambio, la ordenación del espacio del Derecho de Gentes europeo se entiende por sí misma, sin que sean necesarias discusiones científico-jurídicas. Pero el supuesto esencial y la base de la ordenación del espacio, con su idea de equilibrio, era el hecho de que las grandes potencias tenían a su disposición, durante los siglos XVII a XIX, un espacio libre para la expansión colonial prácticamente en el mundo entero fuera de Europa. Por ello, podían dejar de tomar en consideración, en sus teorías acerca del

[81] LUDWING WILHELM KAHLE, *Commentatio juris publici de trutina Europae quae vulgo adpellatur: Die Ballance von Europa*, Gotinga, 1744. También pertenece a esta escuela Gottfried Achenwall. Acerca del "restablecimiento del orden de equilibrio en Europa por el Congreso de Viena": JOACHIM VON ELBE en *Bruns* Z. IV (1934), pág. 226 y siguientes.

equilibrio, el problema fundamental de su estructura global del espacio, o sea la relación entre el suelo libre y el no-libre, lo cual ya no sería admisible hoy día en un análisis histórico-jurídico de esta época.

Todos aquellos autores desde Grocio a Vattel consideran incluso la guerra injusta según sus propios supuestos como una verdadera guerra *iure gentium* cuando se trata de una guerra entre Estados europeos. No piensan en desdoblar el concepto de guerra, en distinguir, de acuerdo con el Derecho de Gentes, entre una parte beligerante justa y otra injusta, y en atribuir quizá a la parte justa un derecho de botín que no tuviera la parte injusta, o en permitir a la parte justa utilizar determinadas armas peligrosas que no debe usar la parte injusta. En realidad, todo lo esencial que aporta Grocio al tema de la guerra justa desemboca también en una "guerra en forma" entre dos *iusti hostes*, y en este aspecto *iustus* sólo expresa una *formale perfectio*, según ya habían destacado Ayala y Gentili. Pero desde luego, la confusión de los conceptos es especialmente acusada en Grocio, pues éste continúa utilizando con todo detalle las formulaciones tradicionales de que la guerra sólo debe ser librada *ex iusta causa*, como si aún se encontrase en la Edad Media teológica. Habla aún de "guerras privadas" y las reconoce como guerras en el sentido del Derecho de Gentes. Pero al propio tiempo afirma que no incluye la justicia en la definición del concepto de guerra: *Iustitiam in definitione (belli) non includo.*

Analicemos cuál es su criterio cuando la cuestión adquiere importancia en la práctica, o sea cuando se trata del derecho de botín y de presa. El Derecho de Gentes atribuye a un Estado beligerante el buen derecho de hacer botín y, en la guerra marítima, de hacer presa. El hecho de que el justo puede hacer botín entre los paganos ya se desprende del Libro de la Sabiduría (10,20). La vinculación entre la guerra justa y la guerra de botín es evidente. Así pues, ¿presupone el derecho de botín, para Grocio, una guerra justa en el sentido de una causa justa? ¿Sólo posee un derecho de botín el beligerante *ex iusta causa* y no su adversario? Esta cuestión es, desde luego, de importancia decisiva y, en la práctica, de mayor trascendencia que todo lo demás, pues ¿de qué sirven todas las exigencias en cuanto a la causa justa si la potencia que libra una guerra injusta y no combate *ex iusta causa* puede hacer a pesar de ello, según el Derecho de

Gentes reconocido, botín e incluso presa del mismo modo que el adversario que libra una guerra justa en la causa en cuestión? Este interrogante concreto, que sin duda es más interesante que todos los postulados acerca de la causa justa, lo contesta precisamente Grocio con una naturalidad sorprendente: todo el que libra una guerra "formal", no sólo aquel —según añade expresamente— que libra una guerra *ex iusta causa*, pasa a ser propietario, según el Derecho de Gentes, de todo lo que le ocupa al enemigo[82].

e) *Richard Zouch*

Por varias razones, la fecha del año 1650 es concluyente para nuestra historia de los conceptos del Derecho de Gentes y merece por un momento una atención especial. En esta fecha coinciden, extrañamente en suelo inglés, tres fenómenos importantes: en primer lugar, un trabajo de Richard Zouch del año 1650, que en esta relación nos interesa de modo especial; en segundo lugar, la dictadura de Cromwell, sobre todo el Acta de Navegación del año 1651, y en tercer lugar, el primer razonamiento filosófico sistemático acerca de la nueva entidad llamada *Estado*, contenido en el *Leviathan*, de Tomás Hobbes. Hemos tenido que mencionar con frecuencia el libro de Hobbes que ha determinado, durante más de un siglo, todo el pensamiento moderno sobre Estados. Entre los autores jurídicos del siglo XVII, Richard Zouch (1590-1660) sucesor en la cátedra de Alberico Gentili, adquirió

[82] "Caeterum jure gentium, non tamen is, qui ex justa causa bellum gerit, sed et quivis in bello solemni et sine fine modoque dominus fit eorum quae hosti eripit". *De jure belli ac pacis*, III, cap. 6, párr. 2. Este pasaje domina, junto a la manifestación correspondiente de Vattel, que citaremos a continuación, la literatura de los siglos XVIII y XIX. En la obra de A. W. HEFFTER, *Europäisches Völkerrecht der Gegenwart* (tercera edición, 1855, pág. 203) se dice lo siguiente: "La guerra sólo es justa cuando y en tanto esté permitida la autoayuda, aunque también la guerra injusta, de hecho, es equiparable en sus efectos a la justa". En una nota acerca de esta frase, Heffter añade: "Esto es reconocido por todos, aún por aquellos que, con temor, han tratado de determinar los motivos de guerras justas y sostienen que aquel que libra una guerra injusta asume una responsabilidad legal, como, p. e., Groot y Vattel, III, párr. 183 y sig., 190. Lo infundado que ello era precisamente para la distinción de un derecho natural y arbitrario ya fue apreciado por Cocceji en relación con Groot, III, 10, pág. 3 y sig.".

fama en la historia de la ciencia del Derecho de Gentes por la razón de que su obra *Juris et Judicii Fecialis, sive Juris inter gentes et Quaestionum de eodem explicatio* (Oxford, 1650) llevó a la conciencia general, tan sólo por la fórmula "inter gentes" utilizada en el título, la nueva estructura interestatal del Derecho de Gentes europeo.

La formulación "inter gentes" es antigua y la hemos encontrado con frecuencia. Pero en el título del libro de Zouch, esta formulación es aplicada por primera vez de modo sistemático y fundamentado. Zouch ya había establecido clara y metódicamente la formulación "inter gentes" en sus *Elementa jurisprudentiae* (1629). Aquí distingue las siguientes relaciones: 1) entre individuos, 2) entre soberano y súbdito, y 3) entre soberanos; una división triple que aparece por primera vez con una precisión metódica que conserva aún hoy su vigencia. En la obra de Zouch ya puede apreciarse claramente la influencia de Bodino y, en el *Ius inter gentes*, también la de Hobbes, dos autores que, por cierto, son citados por él. Zouch combina el sentido práctico y concreto del jurista inglés con un método sistemático ejemplar. Distingue varias formas de poder: *dominatio, praepotentia* y *patrocinium*, y establece seguidamente diferentes tipos de enemigos. De este modo, define justamente aquellos tipos de guerra que no son interestatales y que, en consecuencia, también presuponen conceptos de Derecho de Gentes distintos, no puramente interestatales. En tales diferenciaciones y apreciaciones se reflejan las experiencias de las guerras coloniales, las guerras civiles religiosas y la nueva guerra interestatal, lo cual era natural, en la época de Cromwell, para el modo inglés de enfoque.

La particularidad de la guerra entre soberanos se evidencia de esta manera aún más agudamente. En la parte 7 de su libro, y bajo la rúbrica "De statu inter eos quibuscum bellum", Zouch distingue, en un conflicto entre soberanos libres e iguales, o sea no sujetos a *dominatio* ni a *praepotentia*, ni a *beneficium*, entre los siguientes tipos de adversario:

1. *inimici*, o sea enemigos entre los que no existe amistad o comunidad jurídica, *hospitium* o *foedus* (como entre griegos y bárbaros, romanos y peregrinos); éstos no son *hostes*; en guerras entre tales *inimici* no es respetada la propiedad, pero, refiriéndose a Bodino, Zouch añade que ello ya no es válido hoy día para nosotros, "ob eam quae homini cum homine intercedi humanitatis rationem";

2. *adversarii*, o sea adversarios entre los que existe una *iuris communio* que sólo está disuelta por la guerra, como por ejemplo en la guerra entre César y Pompeyo;

3. *hostes* en el sentido propio, o sea adversarios que se puede dañar y matar, pero respecto a los cuales hay que distinguir si poseen la *iura belli* o no, es decir, si son *iusti hostes* o no.

Traidores, rebeldes que luchan contra sus soberanos o su Estado así como piratas no tienen *iura belli*. Bajo el término *iusti hostes* se entienden aquellos adversarios de guerra frente a los cuales han de observarse las reglas de la guerra según el Derecho de Gentes. En este contexto, refiriéndose a Ayala y Grocio, Zouch cita la frase de Cicerón: "Hostis est qui habet rempublicam, curiam, aerarium, consensum et concordiam civium et rationem aliquam, si res ita tulerit, et pacis et belli". Esta es, en efecto, una frase magnífica, en la que únicamente ha de interpretarse acertadamente la palabra "ratio", que se presta a equívocos y que ha de ser liberada de la confusión debida a la causa justa, pues el enemigo que libra una guerra por "causa justa" no debe ser calificado tan sólo por esta razón de *iniustus hostis*. Lo fundamental es la determinación de la guerra a raíz del tipo de enemigo. A ello se debe la gran importancia general que poseen estas diferenciaciones del jurista inglés, como también sus formas distintas de poder (*dominatio, praepotentia, patrocinium*) establecidas en el mismo capítulo.

f) *Pufendorf, Bynkershoek, Vattel*

Pufendorf es de interés para nosotros, similarmente a Grocio, sobre todo por su posición respecto al derecho de botín. En una guerra justa se adquiere todo lo que se ocupa al enemigo a fin de conseguir su derecho; además, pueden compensarse los gastos de la guerra y, en último término, puede privarse al adversario de todo lo necesario para que quede éste lo bastante debilitado y no pueda producir más daños. Pero según la costumbre adoptada por todos los pueblos, todo el que "libra una guerra con autoridad pública y en toda forma" (*bellum publicum et solemne*) se convierte sin limitación alguna en dueño de todo lo que le

ocupa al enemigo, aún cuando el botín rebase ampliamente sus posibles reclamaciones legales[83].

El holandés Bynkershoek (1673-1743) ya pertenece con su obra al siglo XVIII, es decir, a la época posterior a la Paz de Utrecht (1713). Nos referiremos de nuevo a este autor en la discusión acerca de la ordenación espacial del mar libre. En este lugar, ha de ser citado por las conclusiones que sacó, para el Derecho de Gentes de la neutralidad interestatal (en su ensayo *De rebus bellicis*, 1737), del derecho totalmente idéntico, de la *aequalitas* de los beligerantes según el Derecho de Gentes. El neutral, a quien Bynkershoek denomina *medius*, continúa siendo *amigo idéntico de ambas* partes beligerantes y está obligado, frente a ellas, a la *aequalitas amicitiae*. Pero la obligación a la amistad imparcial idéntica presupone que el concepto de guerra según el Derecho de Gentes sea separado y aislado de la cuestión de la justicia material y efectiva, o sea de la causa justa de cada uno de los beligerantes. Sólo mediante la eliminación total de la cuestión de la causa justa fue posible desarrollar el Derecho de Gentes de la ordenación interestatal europea del espacio, basado en el concepto de guerra no-discriminatorio, y lograr la acotación de la guerra. Sin embargo, lo difícil que fue atenerse a la separación entre *iustum bellum e iusta causa* lo demuestra el hecho de que Bynkershoek atribuyera incluso al neutral que tiene concertados tratados de alianza con ambas partes beligerantes el derecho de prestar ayuda, en la medida en que lo estipula el tratado, a aquella parte que tenga *iustiorem causam*, cuestión ésta que ha de ser decidida por el propio neutral. Ello significa que vuelve a existir una confusión de la alternativa clara entre guerra y neutralidad perfecta, lo cual ha sido criticado con razón como un retroceso al mundo de ideas de la causa justa[84]. Pero este pasaje también puede ser interpretado de otro modo, armonizando entonces perfectamente con la claridad conceptual que generalmente predomina en Bynkershoek.

En la obra de Vattel es alcanzada, finalmente, la clásica transparencia del siglo XVIII ilustrado. Todo el problema es desviado abierta y claramente de la cuestión de la justicia normativa

[83] *De jure naturae et gentium*, VIII, cap. 6, párr. 17.
[84] KLEEN, *Lois et usages de la Neutralité*, 1900, t. I, pág. 220, y DELPECH, *Fondateurs*, pág. 433, nota.

hacia la "mera" forma, o sea la pura estatalidad de la guerra. El contenido de las formulaciones tradicionales sobre la guerra justa que aún siguen utilizándose en ocasiones pierde ahora su último sentido, ya que en la época de Vattel, en el siglo XVIII, los Estados europeos, como Francia y Prusia, tenían desarrollada de la manera más clara su "forma". Con ello, había encontrado su estructura firme el sistema de Estados europeos como ordenación del espacio de entidades territorialmente delimitadas sobre suelo europeo. La verdadera base de esta ordenación de Derecho de Gentes no eran los compromisos precarios que contraían por sí mismas las voluntades soberanas, sino la pertenencia a un sistema de equilibrio espacial que era sentido como algo común y la acotación, facilitada por ello, de la guerra europea. El fundamento lo constituía el territorio, cerrado sobre sí, con su organización específicamente estatal. El reino de Polonia no superó la fase feudal y no alcanzó así la organización del Estado europeo moderno. No era un Estado y, por lo tanto, pudo ser repartido entre los Estados en el último tercio del siglo XVIII, no poseyendo ni siquiera la fuerza para oponerse, mediante una guerra estatal, a las divisiones y ocupaciones de suelo polaco por parte de los Estados vecinos (1792, 1793, 1795); sin embargo, la cuestión polaca logró poner en duda la ordenación interestatal del espacio del Derecho europeo de Gentes durante todo el siglo XIX y mantener viva la diferencia entre nación y Estado aún con efectos en el Derecho de Gentes.

Vattel continúa empleando, como todos los autores de su siglo, algunos lugares comunes sobre la guerra justa en el sentido de la causa justa. Pero en el siglo XVIII esto es un *topos* vacío, un auténtico lugar común[85], y precisamente en Vattel es una mera flor retórica por el hecho de que este típico ilustrador del siglo XVIII subraya en general y por principio que la guerra estatal que se ajuste a la forma siempre ha de ser considerada, en todos sus efectos legales, justa como tal, o sea como relación interestatal, en ambos lados y de igual modo, sin que deban formularse preguntas ulteriores acerca de la causa justa. "La guerre en forme, quant à ses effets, doit être regardée comme juste de part et d'autre". El derecho relacionado con los efectos de la guerra, en especial el derecho de botín en su totalidad y

[85] Comp. pág. 30, nota.

la legalidad de las adquisiciones realizadas con ayuda de la fuerza de las armas, no presuponen en modo alguno una causa justa para la guerra. Sobre esta base surgió asimismo la institución jurídica del reconocimiento de rebeldes como parte beligerante en la guerra civil, y su práctica, muy importante para los tiempos sucesivos, ya fue comentada por Vattel (II, párr. 41, 56). Pero todo lo esencial depende exclusivamente de que la guerra sea una "guerra en forma"[86]. Nadie tiene derecho a razonar sobre la justicia de una guerra, ni los participantes ni los neutrales, cuando la guerra se ajusta a "la forma". Toda la "justicia" se reduce a esta "forma", y ello significa, en su consecuencia político-práctica, que las guerras que sean libradas, sobre suelo europeo, por Estados territoriales cerrados contra otros Estados territoriales igualmente cerrados, o sea guerras puramente estatales, son otra cosa que las guerras en las que participe un no-Estado, por ejemplo pueblos bárbaros o piratas de cualquier tipo. Vattel lo formula del siguiente modo: Un hombre de Estado que libra injustamente una guerra "formal" no comete contra nadie un acto contrario al Derecho de Gentes, sino "comete a lo sumo un pecado contra su conciencia".

Esta es la lógica consecuencia de la soberanía estatal y de la "parfaite égalité de droits entre les Nations, sans égard à la justice intrinsèque de leur conduite, dont il appartient pas aux autres de juger définitivement". El principio de la igualdad jurídica de los Estados hace imposible la discriminación entre el Estado que libra una guerra estatal justa y aquel que libra una guerra estatal injusta, pues en otro caso, un soberano se convertiría en juez sobre el otro, lo cual estaría en contradicción a la igualdad jurídica de los soberanos. En la misma igualdad se basa el derecho a la neutralidad en guerras ajenas. La elevada calidad de la estatalidad y su lógica de la neutralidad produce sus efectos hasta en la guerra civil. Precisamente en la obra de Vattel hace su aparición una institución jurídica especial del Derecho de Gentes interestatal: el reconocimiento de insurgentes como beligerantes. En el caso de que, en una guerra civil, los rebeldes

[86] Comp. *Droit des gens*, III, cap. 12, párr. 190: "La guerre en forme doit être regardée quant aux effets comme juste de part et autre"; párr. 191: "Tout ce qui est permis à l'un, est permis à l'autre". Véase además *Préliminaires*, párr. 21 (acerca de la igualdad de las naciones).

insurrectos alcancen un ámbito territorial de poder y una organización similar a la de un Estado, el Gobierno de un tercer Estado pude reconocerlos como parte beligerante. Ello está pensado como una avance de una *posible* estatalidad, como reconocimiento de un Estado potencial o de un Gobierno estatal potencial. Ahora bien, lo importante es que, al menos desde Vattel, este reconocimiento de la beligerancia sea interpretado como declaración de neutralidad por parte del Gobierno que efectúa el reconocimiento, el cual desea permanecer imparcial frente a ambas partes de la guerra civil y se abstiene por ello de juzgar sobre la causa justa. La consecuencia extraña, pero absolutamente lógica es que, de este modo, los rebeldes son reconocidos por un tercer Estado como *iusti hostes*. Nos referimos más adelante, en la discusión de la Guerra norteamericana de Secesión, al caso más importante de este tipo de neutralidad en la guerra civil (capítulo IV, 6) y estudiaremos en esa ocasión la ulterior problemática de una institución jurídica semejante.

Esta lógica de un Derecho de Gentes interestatal tiene su fundamento en una estructura espacial equilibrada del Estado territorial cerrado sobre sí mismo, con espacio impermeable y fronteras territoriales firmes. La soberanía sólo aísla aparentemente a cada uno de los soberanos del otro. En realidad, la *aequalitas* obliga a todos a guardar consideración a todos los demás, reconocer la posibilidad de una neutralidad y a conseguir que la guerra sea, en lugar de una destrucción mutua a ciegas, un medir en regla de las fuerzas que desembocará en un nuevo equilibrio. Forma parte importante del fundamento espacial de la acotación de la guerra el hecho de que la guerra se mantenga en el margen de la ordenación europea del suelo y de su sistema de equilibrio. Así, pues, una ordenación semejante de Derecho de Gentes no es un caos desbaratado de voluntades egoístas de poder. Todas estas formaciones egoístas de poder coexisten dentro del mismo espacio de una ordenación europea, en el que se reconocen mutuamente como soberanas y en el que todas se encuentran en igualdad de derechos puesto que forman parte, y en tanto sea así, del sistema de equilibrio. En consecuencia, cualquier guerra importante entre Estados europeos afecta a *todos* los miembros de la comunidad de Estados europeos. Cada uno de ellos puede permanecer neutral, pero también puede intervenir en todo momento en virtud de su *ius ad bellum*

soberano. Así se desarrollan, pues, guerras comunes y negociaciones comunes, en las que se impone finalmente el interés común en la ordenación espacial común del sistema europeo de equilibrio que abarca a todos. De esta forma, se ha conseguido una acotación de la guerra en el continente europeo.

g) *El enemigo injusto de Kant*

Vattel elaboró la filosofía de Christian Wolff en un tratado de Derecho de Gentes, y habla en favor del nivel espiritual de los diplomáticos del siglos XVIII tardío el hecho de que tanta filosofía tuviera tanto éxito entre ellos. La resonancia que consiguió en el terreno del Derecho de Gentes el consumador filosófico del siglo XVIII, Emanuel Kant, es de índole esencialmente distinta y no se cristalizó hasta el siglo XX. Desde luego, Kant muestra en este aspecto dos caras. Por una parte, formula de manera concluyente los resultados de la fase de evolución que hemos expuesto hasta el momento. Los Estados se enfrentan en estado de naturaleza como personas morales en igualdad de derechos; cada uno de ellos tiene el mismo derecho de guerra. "Ninguna guerra entre Estados independientes puede ser una guerra punitiva" (*bellum punitivum*). Esta guerra tampoco es una guerra de aniquilación (*bellum internecinum*) o una guerra de subyugación (*bellum subjugatorium*), sino que rige "el derecho del equilibrio de todos los Estados que se combaten mutuamente". Por otra parte, sin embargo, Kant introduce de una manera extraordinariamente sorprendente el concepto del *enemigo injusto*. Desde luego, no puede haber tal enemigo injusto en el estado de naturaleza, pues "el estado de naturaleza es propiamente un estado de injusticia". Pero, seguidamente, el filósofo afirma, confundiendo por completo la antigua teoría del *iustus hostis*, lo siguiente: "Un enemigo justo sería aquel a quien yo haría injusticia si me opusiera a él, pero entonces tampoco sería mi enemigo".

No se puede interpretar más erróneamente el concepto del enemigo justo. Sin embargo, KANT, ya había demostrado, en su ensayo *Zum ewigen Frieden* (1795), un sentido evidente del carácter global de un Derecho de Gentes válido para pueblos que no se pueden "dispersar hacia lo infinito, sino que finalmente han de tolerarse uno al lado del otro". Es posible que precisamente aquella equivocación sea ya presagio de la disolución normativista del Derecho de Gentes interestatal europeo —que estudiaremos más adelante en un apartado especial (cap. IV, 2, pág. 236)— y quizá también el presentimiento de un nuevo nomos de la tierra. En su *Rechtslehre*, aparecida algo más tarde (1797), KANT define como "enemigo injusto" a aquel "cuya voluntad manifestada públicamente (de forma verbal o agresiva) es *evidencia de una máxima* según la cual, si se convirtiera en regla general, no sería posible un estado de paz entre los pueblos, sino que habría de eternizarse el estado de naturaleza".

Cada una de las palabras de esta frase merece nuestra atención más exacta, pues aquí se trata del concepto esencial del *Ius publicum europaeum*, del *iustis hostis* y de su aparente antagonista, un *hostis iniustus* que es descubierto por el filósofo de Königsberg y que es tan peligroso que, frente a él, "no tiene límites" —según dice Kant— el derecho de los que son amenazados o se sienten amenazados por él. ¿Cómo podemos reconocer a este terrible enemigo frente al cual no tiene límites nuestro derecho? Es suficiente una voluntad manifestada *verbalmente*, y es suficiente que esta manifestación sea *evidencia de una máxima* para justificar la acción común de los que se sienten amenazados en su libertad (!). Una guerra preventiva contra un enemigo semejante sería aún más que una guerra justa: sería una cruzada, pues no nos enfrentamos a un simple criminal, sino a un *enemigo injusto*, al eternizador del estado de naturaleza.

¿Quién es este enemigo injusto? No nos referimos aquí al adversario que viola las regla de la guerra y que infringe el derecho de guerra al cometer crímenes y atrocidades. No se trata de esto en la definición del concepto por Kant que acabamos de citar. El filósofo explica esta definición, algo generalizada, con un ejemplo de la actitud contraria a la paz que vuelve a conducir al estado natural. "Esto (o sea la eternización del estado de naturaleza) es la violación de tratados públicos, la cual representa, como se puede presuponer, la causa de todos los pueblos cuya libertad está amenazada por ello". En realidad, esto no es un ejemplo, sino únicamente otra cláusula general muy vaga. El caso es que desearíamos ver al enemigo injusto *en concreto*, lo mismo que Kant dibuja en otro lugar característico el "juez de herejes". Pero en este punto, el filósofo permanece envuelto en

las nubes de sus generalizaciones y cláusulas generales formuladas con mucha prudencia. Quedan abiertos todos los interrogantes de *cuándo* está amenazada la libertad, *por quién* está amenazada, *quién* es el que decide en concreto sobre ello. Sólo se dice que los pueblos son incitados por *ello*, es decir por las palabras o actos del enemigo injusto que amenazan su libertad, "a unirse en contra de tal exceso y a privarle (al exceso) del poder de hacerlo (amenazar la libertad)"[87].

Esto suena como la antigua teoría de la guerra justa, cuyo resultado fue principalmente el de proveer el título jurídico para la toma de una tierra. Pero Kant continúa con un pasaje sorprendente en el que señala que los justos que forman una coalición contra el enemigo injusto, si bien han de privarle del poder de cometer ulteriores excesos, "no deben hacerlos para dividirse las tierras". Es evidencia, una vez más, de la grandeza y la humanidad de Kant el que no apruebe que la guerra justa sea reconocida como título jurídico para la toma de la tierra. No admite que "se haga desaparecer en cierto modo de la tierra a un Estado, pues sería una injusticia contra el pueblo, que no debe perder su derecho primitivo a unirse en un ente común". Pero, sin embargo, el vencedor puede hacer que el pueblo vencido "adopte otra constitución que, por su naturaleza, sea desfavorable a la tendencia a la guerra".

Kant muestra, en general, un gran sentido de la lógica de la idea del enemigo justo. Inmediatamente antes del pasaje que acabamos de analizar, habla del armisticio y afirma que "el hecho de que con el armisticio va vinculada la *amnistía* está implicado ya en el concepto del mismo". Tanto más extraña parece, pues, la mezcla de reconocimiento y negación de la idea del enemigo justo que está contenida en la introducción de este enemigo injusto. De esta forma es agudizada aún más la intensidad de la guerra justa y es trasladada de la causa a la persona. Si SAN AGUSTÍN, en su pasaje antes citado de la *Civitas Dei* (pág. 177), dice que el pensamiento de la guerra resulta aún más triste por la idea de una guerra justa, la concepción del enemigo injusto puede aumentar esta tristeza porque no se refiere a la

[87] Las afirmaciones de KANT citadas textualmente figuran en su *Rechslehre*, parte II ("Des Öffentliche Recht"), párrafos 57-61.

acción, sino a un autor. Y si es tan difícil para los hombres distinguir entre el enemigo justo y el criminal, ¿cómo podrán ver en el enemigo injusto otra cosa que un criminal de la peor especie? Y ¿cómo puede ser, además, adversario de guerra en una contienda según el Derecho de Gentes? En su última consecuencia, la identificación de enemigo y criminal debería eliminar asimismo las barreras que Kant establece aún para el vencedor justo cuando no está dispuesto a admitir que desaparezca un Estado o que un pueblo sea privado de su poder constitutivo. En definitiva, se revela que Kant es filósofo y ético y no jurista. Así, pues, coloca, desde otro ángulo de vista, al lado del *iustus hostis* al *enemigo injusto*, un concepto cuya fuerza de desdoblamiento discriminatorio tiene efectos aún más profundos que la de la guerra justa y la causa justa.

¿Es posible contestar, sobre la base de la definición kantiana del enemigo injusto, el interrogante de quién era, en concreto, el enemigo injusto en la situación mundial de 1797? ¿En cuál de los frentes se encontraba entonces? ¿Era quizá el enemigo injusto la Francia revolucionaria? ¿O la monarquía conservadora de los Habsburgos? ¿O la Rusia zarista? ¿O la Inglaterra marítima? ¿O es que no había entonces un enemigo injusto y todos eran justos? A raíz de las formulaciones prudentes y cláusulas generales de Kant no se podrá obtener una respuesta segura, sino antes bien surgirán nuevos motivos de disputa. Algunas de sus frases señalan hacia la dirección revolucionaria de la libertad, otras hacia la dirección conservadora de la seguridad. Además, Kant no ha basado su definición del enemigo injusto en el concepto moderno de la agresión o del *crime de l'attaque*, de modo que tampoco es jurista en este aspecto, sino se encuentra más próximo a los teólogos.

También es posible que Kant haya pensado en la guerra contra un Estado que amenace la propia ordenación del espacio que se expresa en el equilibrio y contra el que los demás Estados libren una guerra de coalición a fin de restablecer el equilibrio; una guerra que, según hemos mencionado anteriormente (pág. 157), ya había sido reconocida y destacada por la escuela de Derecho de Gentes de Gotinga, del siglo XVIII, como caso especial de guerra. Pero desde luego, los juristas del siglo XVIII no pensaron, como el filósofo, en negar al adversario, en una guerra de coalición semejante, el carácter de un *iustus hostis*. La obra

de los juristas del *Ius publicum europaeum*, el concepto del *iustus hostis*, puede ser negado así por Kant, como anteriormente por la teología, desde el ángulo de vista de una ética filosófica y eliminado por la introducción de guerras discriminatorias.

3. La libertad de los mares

En la perspectiva del *Ius publicum europaeum* toda la *tierra* del mundo es territorio estatal de Estados europeos o de Estados de la misma categoría, o bien es tierra que aún es libremente ocupable, o sea territorio estatal potencial o colonia potencial. Para países medio civilizados o exóticos se desarrollaron en el siglo XIX formas especiales con extraterritorialidad de los europeos y jurisdicción consular. El *mar* permanece fuera de toda ordenación específicamente estatal del espacio. No es ni ámbito estatal, ni espacio colonial, ni tampoco es ocupable. Está libre de todo tipo de soberanía estatal del espacio. La tierra firme está dividida por fronteras lineales claras en territorios estatales y espacios de soberanía. El mar no posee otras fronteras que las costas. Es el único espacio que está libre y abierto de todos los Estados para el comercio y la pesca y para un ejercicio libre de la guerra marítima —sin consideración a vecindades o fronteras geográficas— y del derecho de botín en la guerra marítima.

a) *Dos ordenaciones del espacio: tierra firme y mar libre*

La ordenación mundial centrada en Europa, surgida en el siglo XVI, se desdobló así en *dos* ordenaciones globales distintas, o sea de la tierra y del mar. Por primera vez en la historia de la Humanidad, la oposición entre *tierra* y *mar* se convierte en fundamento universal de un Derecho global de Gentes. Ahora ya no se trata de cuencas marítimas delimitadas como el Mar Mediterráneo, el Mar Adriático o el Mar Báltico, sino de todo el globo terrestre, geográficamente medido, y los océanos mundiales. Esta oposición completamente nueva entre tierra y mar determinó la imagen general de un *Ius publicum europaeum*, que trataba de dar su nomos a una tierra descubierta desde Europa y concebida en el aspecto científico-geográfico. Aquí se enfrentan, pues, dos ordenaciones universales y globales que no pueden ser adaptadas a la relación entre derecho universal y derecho particular. Cada una de estas ordenaciones es universal. Cada una de ellas tiene su propio concepto de enemigo y guerra y botín, pero también de libertad. La gran obra decisiva del Derecho de Gentes de los siglos XVI y XVII culminó así en un equilibrio entre tierra y mar, en una contraposición de dos ordenaciones que, en su correlación sujeta a tensiones, llegaron a determinar el nomos de la tierra.

La isla de *Inglaterra* se convirtió en eslabón entre las dos ordenaciones diferentes de la tierra y el mar, explicándose así la posición excepcional de Inglaterra en y frente a este Derecho europeo de Gentes. Sólo Inglaterra logró dar el paso que la llevaría de una existencia medieval terrestre y feudal a una existencia puramente marítima que mantendría en equilibrio a todo el mundo terrestre. España conservó su carácter demasiado terrestre y no puedo sostenerse, a pesar de su imperio de Ultramar, como potencia marítima. Francia se convirtió en Estado en el sentido clásico de la palabra y se decidió por la forma espacial específicamente territorial de la estatalidad soberana. Holanda adquirió carácter terrestre a partir de la Paz de Utrecht (1713). Inglaterra, en cambio, no estaba complicada tan profundamente en la política y las guerras del continente europeo como estos rivales suyos, y era, según señala John Robert Seeley, "the least hampered by the old world", realizando así la transición hacia el lado marítimo del globo terráqueo y determinando el nomos de la tierra desde el mar.

Inglaterra se transformó así en base del área marítima universal de una ordenación global centrada en Europa, en protectora de aquel otro lado del *Ius publicum europaeum*, en dominadora del equilibrio entre tierra y mar, un equilibrio que llevaba inherente el pensamiento de la ordenación del espacio de este Derecho de Gentes. La isla inglesa continuaba siendo parte de esta Europa que constituía el centro del orden planetario, pero al propio tiempo se distanció del continente europeo y pasó a ocupar la posición intermedia histórica en virtud de la cual Inglaterra sería, durante tres siglos, un país *of Europe, no in Europe*. El gran equilibrio entre tierra y mar creó un equilibrio entre los Estados continentales, pero al mismo tiempo impidió un equilibrio marítimo entre las potencias marítimas. Así, pues,

existía un equilibrio continental, pero no un equilibrio marítimo. Sin embargo, no debe olvidarse, frente a este hecho, aquel gran equilibrio entre tierra y mar en el que se basaba el nomos de la tierra dominada por Europa. HAUTEFEUILLE, el historiador del Derecho Internacional Marítimo (*Histoire des origines, des progrès et des variations du Droit Maritime*, 1869), se lamentaba de que sólo hubiera un equilibrio continental. "Il n'existe pas *d'équilibre maritime*. L'océan, cette possession commune à toutes les nations, est la proie d'une seule nation" (p. 471-72). Pero un equilibrio entre las potencias marítimas hubiera dividido el mar y destruido el gran equilibrio entre tierra y mar que constituía el nomos de la tierra en el *Ius publicum europaeum*.

Los ingleses del siglo XV eran, en parte, caballeros armados que hacían botín en Francia, y en parte, criadores de ovejas que vendían su lana a Flandes. Desde mediados del siglo XVI, sin embargo, aparecían corsarios ingleses por todos los océanos del mundo y aprovechaban las nuevas libertades, primero la de las líneas de amistad y de la gran toma de la tierra, y luego la nueva libertad de los mares que se convertiría para ellos en una sola y gran *toma del mar*. Ellos fueron los precursores de la nueva libertad de los mares como libertad esencialmente no-estatal. Fueron los partisanos del mar en una época de transición de la lucha mundial entre potencias católicas y protestantes. H. Gosse, autor de una obra muy documentada sobre la historia de la piratería, dice lo siguiente acerca de ellos: "Han hecho rico a un país pobre; pero también han creado, lo que es mucho más importante una raza resistente y fuerte de marinos (*a race of tough seamen*), que salvaron a Inglaterra de su miseria, vencieron a su peor enemigo y convirtieron a Inglaterra en dominadora orgullosa de los mares". Con ellos se borran los límites exactos entre Estado e individuo, entre existencia pública y privada, lo mismo que entre guerra y paz y entre guerra y piratería. España los consideraba y trataba, naturalmente, como piratas, como enemigos de la Humanidad y criminales fuera de la ley. Pero también su propio Gobierno, que aceptaba gustosamente sus servicios y obsequios, les retiraba con frecuencia su apoyo por consideraciones políticas e incluso los hacía ahorcar cuando era necesario. Por lo tanto, obraban, en el sentido más peligroso de la palabra, a propio riesgo y no se sentían protegidos por un Estado. Así impusieron dos conceptos de libertad frente al

Estado y determinaron de este modo el aspecto marítimo del *Ius publicum europaeum*: la libertad de los mares y la libertad del comercio marítimo, cuyos navíos eran esencialmente navíos no-estatales.

Estos dos ámbitos de no-estatalidad formaban parte del nomos de la tierra en la época de un Derecho de Gentes que, por otro lado, era puramente estatal. De estas dos libertades hemos de analizar aquí, con más detalle, la libertad directamente espacial de los mares, que fue objeto de confusiones en una polémica que duraría cuatrocientos años. Además, los juristas del Derecho Internacional Marítimo han adoptado la costumbre de tratar por separado el derecho de paz, sin consideración al derecho de guerra, y viceversa, de modo que no llegan a tomar conciencia del nomos unificado. Desgraciadamente, ello es válido asimismo, y sobre todo, en cuanto a la última exposición sistemática del Derecho Internacional Marítimo, la gran obra de Gilbert Gidel (1932-34), que sólo está dedicada al derecho de la época de paz. Sin embargo, debemos realizar el intento de apreciar acertadamente el sentido jurídico y las líneas histórico-jurídicas de la nueva libertad de los mares en toda su realidad.

b) *¿Es el mar libre res nullius o res omnium?*

Ha de tenerse en cuenta, sobre todo que se trata aquí de libertades que por su origen, están vinculadas a un Nuevo Mundo y a océanos mundiales que se han abierto. Pero los juristas de la época de transición necesitaban asimismo, frente a los teólogos que se apoyaban en la Biblia, una palabra escrita, una *ratio scripta*, pues de otro modo no se hubieran sentido como representantes de una ciencia "positiva". Así, pues, se aferraron a los tradicionales modelos conceptuales del Derecho romano. Enredaron la cuestión debido a que conservaron el modo de pensar puramente terrestre de las civilizaciones antiguas y medievales de mar interior y continuaron con los conceptos iuscivilistas del *Corpus iuris*, de la glosa y de la postglosa. Surgieron así los intentos de comprender, con las fórmulas tradicionales de la *res nullius*, de la *res omnium*, de las cosas de uso común y otros ideogramas similares, el nuevo fenómeno en el aspecto científico-jurídico. También los grandes juristas ingleses del siglo XVII, como Richard Zouch y John Selden, se atienen con tenacidad

típicamente inglesa a las fórmulas antiguas y conservan el modo de pensar enteramente terrestre.

En realidad, no se impusieron en este siglo, en relación con los nuevos mares, categorías tradicionales del Derecho romano, sino algo muy distinto: la convicción primitiva, original y elemental de que el derecho y la paz únicamente están asentados en la tierra. Los conceptos del derecho de aguas romano-civilista, surgidos en una civilización costera, tuvieron que convertirse necesariamente, ante los nuevos océanos mundiales, en un juego vacío. Un buen historiador de la lucha en torno al Nuevo Mundo ha señalado que los piratas y corsarios de los siglos XVI y XVII modificaron el principio de que los océanos pertenecen a todos "dándole el sentido de una liberación de obligaciones morales y legales"[88]. Ello representa una merma y restricción del gran fenómeno de la *amity line*. Apreciaremos mejor el verdadero estado de hechos si recordamos que todo derecho sólo rige, como derecho, en el lugar justo, y que los pueblos que realmente habían comprendido el hecho prodigioso de la existencia de un Nuevo Mundo trataban de investigar el nuevo nomos de este Nuevo Mundo. Hemos observado que, originalmente, en el mar no tenía validez el derecho ni la paz ni la propiedad. Esta libertad de los mares, *elemental* en el sentido pleno de la palabra, se impuso en los nuevos espacios mundiales de los océanos. Incluso un humanista del Renacimiento, Alciato, en el que se apoya al respecto Alberico Gentili, aún sabía algo de ello y formuló la frase: "Pirata minus delinquit, quia in mari delinquit, quod nulli subjicitur legi"[89].

¿Qué es lo que puede significar, en realidad, *res omnium* o *res nullis* con referencia al mar? En la última exposición sistemática del Derecho internacional marítimo, o sea la obra antes citada de Gilbert Gidel, aún encontramos una controversia entre este experto francés y el inglés Sir Cecil Hurst sobre la cuestión de si el mar ha de ser considerado como *res omnium* o como *res nullius*[90]. El criterio del inglés es el de que el mar es *res omnium*,

[88] ADOLF REIN, *Ibero-Amerikanisches Archiv*, IV (1930), pág. 536.

[89] ALB. GENTILI, *Hispanicae Advocationis libri duo*, ed. Frank A. Abbot, "Classics of International Law", núm. 9, 1921, libro I, cap. 23, pág. 109.

[90] GILBERT GIDEL, *Le Droit International public de la mer. Le temps de paix*, t. I, Introduction. La Haute Mer (1932), pág. 214.

mientra que el francés prefiere *res nullius*. No necesitamos analizar aquí todos sus agudos argumentos y contraargumentos. Las objeciones que expone Gilbert Gidel contra la *res omnium* y contra la construcción, implicada en ello, de un "condominio" de todos los Estados sobre el espacio del mar se apoyan principalmente en el hecho de que aún no existe una comunidad organizada de Estados que pudiera ser base de tal condominio. Ello no parece acertado. Gidel no desea que cada Estado individual entre en relación, por el hecho de que un navío con su bandera navegue por el mar libre, con todos los demás Estados o se identifique con la totalidad de los Estados. Sabe a raíz de las experiencias histórico-marítimas de su nación que el efecto es mucho mayor cuando el más fuerte habla en nombre de todos que cuando lo hace el más débil. El carácter primitivo y elemental de la libertad de los mares es conservado de mejor manera si no se construye aquí precipitadamente derechos subjetivos de utilización de Estado a Estado, sino se habla preferentemente de una "faculté laissée aux hommes en marge des systèmes territoriaux", como ya lo hiciera Pufendorf en el siglo XVII.

Los intentos de considerar el mar como una vía de tráfico de uso común, y en este sentido como *res omnium*, tropiezan con el hecho de que cada Estado tiene derecho a librar en esta vía guerras con todos los medios bélicos modernos, a colocar minas e incluso a hacer buena presa y botín a costa de terceros, cosa que es difícil de imaginar como contenido del uso común de una carretera. Hobbes fue el que mejor acertó en cuanto al verdadero estado de cosas cuando dijo que es un signo del estado de naturaleza que a cada uno le pertenezca todo; pero ello sería, en el caso crítico, lo mismo "ac si nullum omino ius existerit" (*De Cive*, I, cap. 1, párr. 11), o si el más fuerte actuase en nombre del derecho de todos, cosa que forma parte de la libertad del estado natural. En tiempos de paz ello puede ser olvidado. En tiempos de guerra, la libertad de los mares significa que todo el espacio de los océanos del mundo está libremente abierto a cualquier potencia beligerante como escenario tanto de la beligerancia como del ejercicio del derecho de botín y presa.

c) *El paso de Inglaterra a una existencia marítima*

No puede decirse que los reyes, estadistas y juristas ingleses

de los siglos XVI y XVII hayan tenido conciencia exacta de este estado de cosas. La política inglesa oficial de los siglos XVI y XVII estuvo moviéndose durante mucho tiempo en varias direcciones, no ofreciendo en modo alguno la característica de un giro rápido y consciente hacia el mundo del mar libre. Al igual que Inglaterra no tomó hasta fines del siglo XVII la decisión definitiva en contra del absolutismo real y a favor de una amplia tolerancia religiosa tampoco se inclinó inmediatamente, en la gran oposición entre la imagen del mundo terrestre y la marítima, hacia el lado marítimo, sino lo hizo con lentitud y sin ningún plan preconcebido. Al gobierno de la Reina Isabel le siguieron, durante todo un siglo, los Estuardos catolizantes. El fanatismo religioso de amplias masas que suele empujar a la decisión, no hizo su aparición hasta iniciarse la revolución puritana. Con respecto a las instituciones medievales, la tendencia conservadora fue mucho más pronunciada que en el continente. Una parte importante de la adquisición colonial en América se llevó a cabo sobre la base de una concesión de tierras de índole jurídico-feudal por parte del rey o la reina. Un parlamento de tradición medieval conservó su poder tras muchas inestabilidades. El decisionismo de tipo jurídico, que es tan característico de los legistas franceses y del pensamiento especiíficamente estatal, falta aquí totalmente, y ello a pesar del hecho de que el más importante de todos los pensadores decisionistas, Tomás Hobbes, procedía de la Isla.

En la larga controversia acerca de la nueva libertad de los mares, la práctica del Gobierno inglés y sus declaraciones oficiales carecen de un nuevo principio y de conceptos claros nuevamente ponderados. Tanto los Tudores como los Estuardos se enriquecieron sin cargo de conciencia, lo mismo que todo su pueblo, con los tesoros capturados por sus corsarios. Sin embargo, las frases hechas del lenguaje oficial frente a España y Portugal continuaron siendo las mismas, no pasando de ser fórmulas del Derecho natural escolástico y del Derecho civil romano, según habían sido utilizadas por Vitoria y otros durante más de una generación. Si la Reina de Inglaterra, en una declaración frecuentemente citada del año 1580, da a entender al ministro español que el mar y el aire son libres para el uso común de todos los seres humanos, ello corresponde exactamente, en la argumentación y en el lenguaje, a muchas manifestaciones similares por parte de monarcas franceses del siglo XVI. Tampoco fueron autores ingleses los que introdujeron el pensamiento de la nueva libertad durante la "guerra centenaria de los libros" en torno a la libertad de los mares.

A pesar de todo, la decisión de Inglaterra por el elemento del mar fue más importante y profunda que el decisionismo conceptualmente claro de la estatalidad continental. La Isla se convirtió en base de la transformación del espacio, o sea de un nuevo nomos de la tierra, y potencialmente incluso en plataforma para el ulterior salto al total "des-asentamiento" de la técnica moderna. Ello se anuncia a través de una nueva palabra que, en mi criterio, sólo pudo ser creada en aquel entonces y únicamente en la Isla inglesa, para convertirse luego en el signo de toda una época: el nuevo término *utopía*, que es el título famoso de la obra de Tomás Moro.

Esta obra, extrañamente inglesa, fue impresa en 1516, o sea casi dos generaciones antes del período en el que se desarrolla nuestra gran controversia acerca de la nueva libertad de los mares. Tomás Moro tampoco se refiere, en su obra, a las cuestiones de Derecho de Gentes con respecto a esta nueva libertad. Pero en esta obra, y de modo significativo en la palabra artificial *Utopía*, se manifiesta la posibilidad de una tremenda abolición de todos los asentamientos en los que se basaba el antiguo nomos de la tierra. Una palabra semejante no hubiera sido imaginable en la boca de un hombre de la Antigüedad. Utopía no significa, simplemente y en general, un "en ningún lugar", un *nowhere* (o *erewhon*), sino el *u-topos*, en comparación con cuya negación tiene incluso el *a-topos* una relación negativa más fuerte con el *topos*[91]. El paso que más tarde, en el siglo XIX, conduciría a que quedara suspendida también la existencia marítima y surgiera la existencia técnico-industrial está ya dibujado, como por una sombra, en esta nueva palabra. En elogio de Santo Tomás Moro sólo ha de señalarse que el contenido de su obra era más bien una *eutopia* que una *utopia*. Sin embargo, la sombra fatal se había proyectado, y tras la nueva imagen de un mundo ordenado desde el mar ya se vislumbraba la futura era industrial

[91] Acerca del significado de la palabra *topos*, comp. el corolario a modo de introducción número 2, pág. 30.

que se iniciaría desde la Isla en el siglo XVIII. Por ello no he querido dejar de mencionar, antes de dedicarme a la controversia del Derecho de Gentes acerca de la libertad de los mares, una obra y un término tan significativo como esta *Utopía* de Tomás Moro.

d) *La guerra centenaria de los libros*

Desde nuestro ángulo de vista, el verdadero problema de la libertad de los mares reside en la cuestión de la libre beligerancia marítima y en la colisión entre esta libertad y la libertad de comercio de los neutrales referida al mismo espacio marítimo. Este es el difícil problema que surge cuando el mismo espacio ha de ser al propio tiempo escenario de guerra y lugar de paz. Pero precisamente de esto no se había tomado aún conciencia en la discusión científico-jurídica de los siglos XVI y XVII. La "guerra centenaria de los libros" alrededor de la libertad de los mares —autor de este término es Ernest Nys— no se inicia hasta la segunda mitad del siglo XVI. La impresión de las *Relecciones de Indis*, de FRANCISCO DE VITORIA (*Lyon*, 1557), puede ser considerada como una de las acciones iniciales de aquella guerra de libros. Pero ante los numerosos títulos de los textos y libros, no debemos dejarnos engañar, por palabras claves como "libertad" o "clausura" de los mares, en cuanto al sentido concreto de las publicaciones. Vitoria pensaba en la libertad de la misión en Ultramar y de la predicación de la fe católica; otros sólo pensaban en la ruptura del monopolio español y portugués del comercio con Ultramar, otros en cuestiones de disputa regionales o locales acerca de mares europeos o bien en cuestiones de la pesca, y en cuanto a estas últimas, en la mayoría de los casos, no en la perspectiva de la gran pesca de la ballena en los océanos mundiales, sino en la pesca inglesa, holandesa, escocesa, vizcaína, etc., en las costas y los mares vecinos. Sobre todo los autores ingleses que toman parte en la guerra centenaria de los libros se interesan principalmente, hasta finales del siglo XVII, por los llamados "narrow seas", es decir los mares vecinos a Inglaterra, el Mar del Norte (Oceanus Germanicus), el Canal, el Golfo de Vizcaya, etc. Una de sus controversias principales se refiere al derecho de Inglaterra al "Naval Salute", el testimonio de respeto

que los navíos de otras naciones deben a los barcos ingleses en los mares que rodean a Inglaterra. las disputas acerca dela pesca dominan una gran parte de esta literatura, pero no la pesca de la ballena en los océanos, sino la del arenque y otras similares.

Según un criterio ampliamente divulgado, HUGO GROCIO es, con su trabajo anónimo *Mare liberum*, aparecido en 1609, el precursor de la nueva libertad de los mares. El trabajo está dirigido contra las reclamaciones inglesas de monopolio. Constituye un capítulo de una obra más extensa titulada *De iure praedae*, escrita en 1605 en contra de reclamaciones portuguesas y españolas, pero no impresa en su totalidad hasta el siglo XIX, o sea el año 1868. En los últimos decenios se ha demostrado con frecuencia que Grocio estaba influido en gran medida por Alberico Gentili y repetía simplemente los argumentos de los escolásticos españoles en relación con el *liberum commercium* y la *libera mercatura*[92]. No se daba cuenta, sin embargo, de la colisión, en el espacio, entre guerra y paz que implicaba la nueva libertad de los mares, lo cual tampoco podía esperarse de él. No obstante, ya se revela en su obra, con frecuencia, el sentido primitivo y elemental de la libertad de los mares, como por ejemplo cuando señala que en cualquier guerra se puede matar al enemigo no sólo sobre suelo propio, enemigo o sin dueño, sino también en el mar[93]. Pero desde luego aún no se vislumbraba en la obra de Grocio aquello que surgiría después de la Paz en Utrecht de 1713 como resultado práctico de la evolución política mundial, o sea la visión del equilibrio entre una ordenación del mar libre según el Derecho de Gentes y una ordenación estatal del espacio de la tierra firme.

En todo caso, el trabajo de Grocio, con su título significativo, produjo un efecto de toque de aviso y sirvió para fomentar la evolución hacia una nueva era de la libertad de los mares. En cambio, la famosa réplica inglesa de JOHN SELDEN *Mare clausum*

[92] W. S. M. KNIGHT, *The life and words of Hugo Grotius*, Londres, 1925, pág. 92 y sig. Gidel, lug. cit., I, pág. 138 y sig. FR. LUIS G. ALONSO GETINO en la introducción al tomo III de su edición de las *Relecciones Teológicas del Maestro Fray Francisco de Vitoria*, Madrid, 1935, p. XI, seqq.

[93] *De jure belli ac pacis*, III, cap. IV, párr. 8, 2: "Interfici possunt impune in solo proprio, in solo hostili, in solo nullius, in mari". Según la teoría medieval de Baldo, el enemigo podía ser matado en todas partes: "hostis bene interficitur ubique". Grocio, excluye, pues, el suelo de un país neutral.

(escrita en 1617-18 y publicada en 1635) sigue principalmente, a pesar de toda su erudición, el antiguo orden de ideas y planteamientos. Esta obra se refiere sobre todo a los mares vecinos a Inglaterra, los "narrow seas", sólo menciona de paso la pesca de la ballena y aún no piensa en la Isla como metrópoli de un imperio universal global específicamente marítimo. Esta réplica, que en el fondo aún era tradicional, fue bien acogida por todos los ingleses, tanto por los Estuardos como por Cromwell, y también fue muy apreciada por Tomás Hobbes.

El primer autor que se dio cuenta de que las reclamaciones de Inglaterra con respecto a mares cerrados habían perdido su actualidad desde hacía tiempo y que comprendió que la evolución se orientaba impetuosamente hacia un dominio de los océanos mundiales ejercido en nombre de la libertad de los mares, parece haber sido Sir Philip Meadows[94]. Sus *Observations Concerning the Dominion and Sovereighty of the Seas* fueron publicadas en 1689. Entre los pensadores sistemáticos, un filósofo alemán, Samuel Pufendorf, fue el primero en tomar conciencia, en el sentido científico-jurídico, de que los océanos mundiales eran algo distinto de las aguas a las que se refería la jurisprudencia de entonces con sus patrones jurídicos-civiles. La gran obra de Pufendorf apareció en 1672. El holandés Cornelis Van Bynkershoek impuso el argumento de que la soberanía estatal territorial se extiende hacia el mar hasta donde pueden alcanzar los disparos de las baterías costeras Este punto de vista del alcance de la fuerza de las armas, la *vis armorum*, *"ubi finitur armorum vis"*[95], no era nuevo. El holandés no lo creó, pero lo

[94] No he podido conseguir las *Observations* de Sir PHILIP MEADOWS en ninguna biblioteca europeo-continental. Las indicaciones en el texto se basan en la obra reiteradamente citada de G. Gidel, I, página 197.

[95] PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, libro IV, cap. 5, párrafo 9; BYNKERSHOEK, *De dominio maris*, 1703 (acerca de él: DELPECH en *Fondateurs de droit international*, 1904, págs. 385 y sig.); GALIANI, *Dei doveri principi neutrali verso i principi guerregianti*, obra aparecida anónimamente en 1782; acerca de la misma, E. NYS en *Revue de Droit International et de Législation Comparée*, XXI, pág. 382. Sobre la historia de la teoría de la libertad de los mares: GILBERT GIDEL, *Le Droit international de la mer*, t. I (1939), "Introduction, La haute mer", págs. 123 y sig.; P. B. POTTER, *The Freedom of the Sea in History, Law and Politics*, 1924; TH. W. FULTON, *The Sovereignty of the Sea* (un estudio acerca de las reclamaciones inglesas de dominio sobre el mar británico y acerca de la evolución de las aguas territoriales, con especial referencia al derecho de pesca y el Naval Salute; Edimburgo y Londres, 1911. En cuanto a la transición del pensamiento teológico al jurídico (es decir del eclesiástico al estatal): ERNEST NYS, *Origines du Droit international*, 1904. El lugar clásico en el que figura el pasaje frecuentemente citado por Bynkershoek acerca de la *vis armorum* es un ejemplo de su enfoque típicamente terreno, proyectado desde la tierra firme hacia el mar. El pasaje merece ser citado textualmente: "Quare omnino videtur rectius, eo potestatem terrae (!) extendi quousque tormenta exploduntur (!), eatenus quippe *cum imperare tum possidere* videmur. Loquor autem de his temporibus, quibus illis machinis utimur (!): alioquin generaliter dicendum esset, potestatem terrae finiri, ubi finitur armorum vis, etenim haec, ut diximus, possessionem tuetur". Se hace depender expresamente la extensión del dominio desde la tierra firme hacia el mar, y su medida, del estado *respectivo* de la técnica de armamentos.

expresó en el momento oportuno y halló la aprobación general por ello. Con la Paz de Utrecht de 1713 se inicia una nueva etapa del *Ius publicum europaeum*: la toma de conciencia y la percepción del equilibrio global entre tierra y mar. Pero fue un trabajo del abad Galiani, publicado en 1713, el que sirvió de base para el establecimiento de la cifra precisa de la zona de soberanía estatal del mar litoral, o sea la de las tres millas.

e) *De la libertad elemental a la libertad ordenada de los mares*

Pueden percibirse así las líneas histórico-jurídicas de la nueva libertad de los mares. Dos grandes etapas, cuya cesura debería ser fijada cronológicamente en la fecha de la Paz de Utrecht (1713), se destacan una de la otra y están caracterizadas por dos concepciones distintas de esta libertad. En la primera etapa se impone vigorosamente el criterio primitivo y elemental de que el mar no es accesible al derecho y la ordenación humanos y que representa un espacio libre para probar las fuerzas. Tal es el sentido del trazado de líneas de amistad y de la consiguiente delimitación de un campo de batalla para el derecho del más fuerte. En la segunda etapa, posterior a la Paz de Utrecht, se consigue una acotación consistente en que aumenta el control de los barcos piratas por parte de los respectivos Gobiernos, de manera que el corsario al estilo antiguo es degradado a pirata criminal. Pero, no obstante, el ámbito de la alta mar continúa fuera de la ordenación estatal del espacio de la tierra firme. De este modo surge el gran equilibrio entre la tierra y el mar, que llegaría a constituir la base del nomos de la tierra durante dos siglos.

En la primera etapa predominan las argumentaciones jurídicas, las cuales se sirven de fórmulas ius-naturalista-escolásticas y civilistas. Pero estas argumentaciones no representan ni siquiera una ideología auténtica. Un determinado grupo de consejeros de gobernantes políticos desarrolla un *convenu* intelectualista, se trata, en el fondo, de derivaciones en el sentido de la sociología de Pareto. Se expresan en el lenguaje artificial de una capa de intelectuales de formación humanística que buscan la transición del pensamiento eclesiástico al estatal. Su exigencia de la libertad de los mares se dirige de forma polémica contra el monopolio del vecino y no piensa aún en un nuevo nomos de la tierra. Así pues, surge un nuevo modo de razonar y hablar que hace pensar en la falta de orientación de algunos apologistas puramente jurídicos durante las últimas guerras mundiales. En tales tiempos, la verdadera tarea científico-jurídica consiste en apreciar acertadamente en su realidad un nomos que se extingue y un nomos que surge, y en levantar en cierta medida el velo de las derivaciones. Explicaré seguidamente la relación entre la normalización jurídico-positiva, la argumentación jurídica y la realidad espacial a base del ejemplo de la zona de las tres millas.

Es sorprendente que la cifra de una zona litoral de tres millas haya penetrado tan profundamente y se haya sostenido en la conciencia general, de manera que, tras la primera guerra mundial, pudiera ser considerada en un principio, en los intentos de codificación (1920-1930), como "apta para la codificación" Esta cifra se fue distanciando del punto de vista primitivo y de la argumentación habitual —alcance de las baterías costeras— y permaneció firmemente establecida, sin consideración alguna a la evolución y el aumento de la *vis armorum*. En otros casos —por ejemplo en la cuestión de la admisibilidad de instrucciones de rumbo para el ejercicio del derecho de presa—, el criterio reinante pasó a reconocer como punto de vista jurídico, en el más breve tiempo y con la máxima naturalidad, la modificación de los medios técnicos. En cambio, la cifra de las tres millas no pudo ser alterada, al parecer, ni por submarinos ni aviones, ni por armas tremendas de largo alcance. Ello parece ser un caso manifiesto de independencia de una norma frente a la situación normativa. ¿Cómo es posible que en la Edad Media, cuando sólo había cañones cuyos disparos no podía alcanzar ni siquiera una distancia de media milla, se adoptaran cifras de 70 a 100 millas para el límite de la jurisdicción territorial? Bodino aún se atenía a la cifra de 70 millas. Si el alcance de las baterías costeras del siglo XVIII, con su cifra de tres millas, o 5,5 kilómetros, hubiera sido el motivo verdadero, la última *ratio* de esta delimitación de los ámbitos de tierra y mar, también hubiera tenido que ser modificada la cifra al cambiar este motivo.

En realidad, el argumento de la *vis armorum* es típicamente terrestre, o sea es visto desde la tierra hacia el mar. El hecho de que el primero en expresarlo fue un holandés, Bynkershoek, revela hasta qué punto Holanda estaba ya sujeta a la tierra en el siglo XVIII. Desde el ángulo de vista marítimo, se trataba, en cambio, del ámbito del mar libre y con ello del ámbito de conceptos determinados. Por la cifra de las tres millas, este ámbito es acercado considerablemente a la tierra firme. Para los defensores de la libertad de los mares, y sobre todo de la libertad de la beligerancia marítima, esta cifra se convierte necesariamente en una cuestión de principios, pues en este punto todo reconocimiento de la evolución de la técnica afecta de forma inmediata la base espacial del propio *Ius publicum europaeum*, la coexistencia de una ordenación marítima y una ordenación terrestre. Entretanto, sin embargo, la transformación producida por la nueva técnica de armamentos ha llegado a ser tan importante y evidente que la cantidad de sus dimensiones ha dado paso a la calidad de un cambio estructural. Ahora es conservada la zona de las tres millas con un positivismo tanto más severo a fin de no tocar el mundo del mar libre (lo cual significa los conceptos propios y esenciales del aspecto marítimo del Derecho europeo de Gentes: enemigo, guerra, botín). El dominio marítimo capitularía ante el cambio de la técnica si admitiera en este punto el argumento de la transformación de las armas. Así pues, la cifra de las tres millas representa la tabla a la que ese dominio marítimo ha de agarrarse como una náufrago si no quiere que sea puesto en duda el principio espacial de su ordenación mundial.

La separación entre la tierra firme y el mar libre era el principio fundamental y específico del *Ius publicum europaeum*. Esta ordenación del espacio no surgió esencialmente de ocupaciones de tierra intraeuropeas ni de modificaciones territoriales, sino de la toma europea de la tierra en un Nuevo Mundo no

europeo, junto con una toma del mar libre por Inglaterra. Inmensos espacios libres que parecían interminables hicieron posible y fueron la base del derecho interno de una ordenación europea interestatal. Ulteriormente fueron imponiéndose otras divisiones de índole espacial para la tierra firme hasta que el Derecho de Gentes se fue disolviendo, a partir de finales del siglo XIX y principios del XX, en un "International Law" general (véase pág. 236 y sig.). Con respecto al nomos de la tierra surgen en esta época las siguientes distinciones y divisiones:

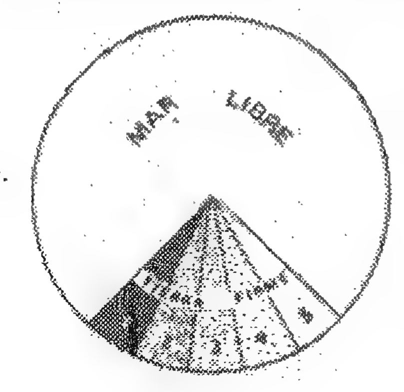
1. la distinción entre el espacio de la tierra firme y el del mar libre, que es de importancia para la distinción entre guerra terrestre y guerra marítima, cada una de las cuales tiene sus propios conceptos de enemigo, guerra y botín;

2. dentro del espacio de la tierra firme: distinción entre el suelo de Estados europeos (territorio estatal en el sentido propio) y el suelo de posesiones en Ultramar (suelo colonial), que es de importancia para la distinción entre la guerra europea y la colonial; la acotación lograda para la guerra terrestre europea sólo se refiere a guerras terrestres interestatales que sean libradas sobre suelo europeo o un suelo equiparado a éste.

Si se añade a ello la particularidad, desarrollada en el siglo XIX, de países asiáticos y africanos con privilegios para europeos (jurisdicción consular, extraterritorialidad y exenciones de diversa índole), resulta el siguiente esquema para la imagen global desarrollada de la ordenación del espacio y para los diferentes *status* del suelo del *Ius publicum europaeum* (1713-1914):

ESQUEMA GLOBAL DEL "IUS PUBLICUM EUROPAEUM"

Cinco "status" del suelo de la tierra firme.



1. Territorio estatal.
2. Colonias.
3. Protectorados.
4. Países exóticos con extraterritorialidad de europeos.
5. Tierra libremente ocupable.

4. Cambios territoriales

Toda ordenación del espacio contiene para todos sus portadores y participantes una acotación, es decir, un aseguramiento del espacio de su suelo. De ello surge la cuestión fundamental del Derecho de Gentes: por una parte, son inevitables determinadas modificaciones del estado de propiedad territorial, y por otra, pueden llegar a ser peligrosas precisamente las modificaciones territoriales para la continuidad de la ordenación común del espacio.

a) *Modificaciones territoriales fuera y dentro de una ordenación del espacio del Derecho de Gentes*

Este problema teórico y práctico, filosófico-jurídico y político es antiguo y ha surgido siempre en toda ordenación de Derecho de Gentes que abarcara varias formaciones de poder independientes. En el Derecho europeo de Gentes de los siglos XVII y XIX se desarrolló por esta razón el procedimiento de las grandes conferencias de paz bajo la presidencia de las grandes potencias. En los últimos años de la Sociedad de Naciones de Ginebra, sobre todo en el período de 1936 a 1939, ha sido discutido este problema con frecuencia, en especial el interrogante del cambio pacífico, el *peaceful change*. Dejando aparte la cuestión de si los cambios son provocados de forma pacífica o por medio de una guerra, el problema es, en todo caso, por su índole, en primer lugar un problema territorial, porque surge de una amplia ordenación del espacio en la que ha de producirse una modificación territorial, o sea espacial, sin que sea amenazada esta ordenación del espacio. El problema del cambio pacífico tampoco se refiere, como es natural, a los innumerables cambios por medio de tratados o a las modificaciones efectivas que se producen a diario y permanentemente en la convivencia de los pueblos. En realidad, sólo se refiere a la cuestión de cómo pueden ser admitidas nuevas tomas de la tierra o del mar o nuevas distribuciones sin que por ello sea puesta en duda la existencia de miembros reconocidos o la estructura total de la ordenación establecida por el Derecho de Gentes. En este aspecto, toda ordenación de Derecho de Gentes siempre ha destacado,

mientras existía, algunos principios y puntos de vista más o menos elásticos, como por ejemplo equilibrio territorial, fronteras naturales, derecho nacional o étnico de autodeterminación, delimitación de zonas de influencia, esferas de intereses, afirmación y reconocimiento de los ámbitos más amplios de intereses especiales. Además, toda ordenación de Derecho de Gentes ha de desarrollar, por ser fundamentalmente una ordenación espacial, métodos y procedimientos más o menos elásticos; así, por ejemplo, reconocimientos de nuevas grandes potencias y de nuevos Estados, notificaciones de nuevas adquisiciones, resoluciones en conferencias y frecuentemente incluso adjudicaciones auténticas de territorios. Todo ello sirve, precisamente porque legitima cambios territoriales y nuevas distribuciones, a la conservación y continuidad de la ordenación existente en su conjunto, cuyo núcleo estructural esencial representa una acotación, una ordenación del espacio.

Toda ordenación de Derecho de Gentes ha de conservar, si no se quiere desmentir a sí misma, no sólo el *status quo* territorial —más o menos causal en sus numerosas particularidades— de un determinado momento histórico, sino su nomos fundamental, su estructura espacial y la unidad de ordenación y asentamiento. Es muy posible, y a veces incluso necesario, que guerras, disputas, represalias y las más distintas aplicaciones de la violencia sean reconocidas como medio para la provocación de modificaciones. En este caso se trata, sin embargo, de procesos delimitados, que no ponen en duda la ordenación amplia del espacio en su totalidad. No es la guerra como tal la que rompe la ordenación, sino únicamente lo son los métodos y fines de la beligerancia que violan o niegan las acotaciones anteriores de la guerra.

Es un error ampliamente divulgado hablar de la anarquía medieval, pues en la Edad Media estaban reconocidos la contienda y el derecho de resistencia como instituciones y métodos de afirmación y defensa del derecho[96]. Por otras razones, es igualmente erróneo calificar de anarquía la ordenación establecida por el Derecho interestatal de Gentes de los siglos XVII a XX

[96] Véase OTTO BRUNNER, *Land und Herrschaft, Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdutschlands im Mittelalter*, segunda edición, Brno-Munich-Viena, 1942.

por el hecho de que admitía las guerras. Las guerras europeas interestatales del período de 1815 a 1914 eran, en realidad, procesos ordenados, acotados por las grandes potencias neutrales y regidos por el derecho, en comparación con los cuales pueden ser acciones de destrucción las modernas medidas policiales y pacificadoras contra el violador de la paz. Un maestro del Derecho de Gentes que goza de fama como precursor del movimiento pacifista, Hans Wehberg, de Ginebra, habla con toda naturalidad y en general, sin distinciones dentro de los conceptos de paz y de guerra, de anarquía cuando es librada una guerra[97]. Desde luego, también hay guerras que ponen en duda y anulan ordenaciones anteriores, pero la verdadera cuestión científico-jurídica no se refiere al problema filosófico y moral de la guerra y del empleo de la fuerza en sí, sino a una cosa muy distinta, es decir a las modificaciones del *status quo* territorial que han de ser provocadas por la guerra o por otro medio, y a su efecto sobre la ordenación del espacio de una época reconocida hasta entonces.

Sin embargo, las guerras entre grandes potencias que son protectoras de una determinada ordenación del espacio pueden romper fácilmente dicha ordenación espacial si no son libradas por un espacio libre y dentro de un espacio libre. En tal caso, las guerras se convierten en totales en el sentido de que tienen que provocar el establecimiento de una nueva ordenación del espacio. Pero del mismo modo que hay adquisiciones de tierra y cambios territoriales que permanecen dentro del margen de una ordenación existente del espacio e incluso constituyen un medio para su conservación, y otras tomas de la tierra que ponen en duda o destruyen esta ordenación del espacio, también hay —y sólo por esta razón— guerras que permanecen dentro del margen de una ordenación de Derecho de Gentes. La esencia del Derecho de Gentes europeo era la acotación de la guerra. Por otro lado, lo esencial de tales guerras era un medir ordenado de las fuerzas dentro de un espacio acotado y ante testigos. Tales guerras representan lo contrario del desorden. En ellas se revela la forma más elevada de orden de la que es capaz la fuerza

[97] Así, por ejemplo, en el artículo *Universales oder europäisches Völkerrecht? Eine Auseinandersetzung mit Professor Carl Schmitt*, en la revista "Die Friedenswarte", 1941, núm. 4, pág. 157 y sigs.

humana. Son la única protección contra el círculo de represalias crecientes, o sea contra los actos nihilistas de odio y venganza cuya finalidad absurda es la destrucción mutua. La eliminación o prevención de la guerra de destrucción sólo es posible si puede hallarse una forma para el medir de las fuerzas, y esto, por otra parte, únicamente es posible si el adversario es reconocido como enemigo sobre un plano de igualdad, como *iustus hostis*. Con ello es creada la base para una acotación.

Por lo tanto, no es admisible calificar de anarquía toda aplicación de la fuerza en forma de beligerancia y considerar este término como la última palabra sobre el problema de la guerra en el Derecho de Gentes. Hasta ahora, el verdadero éxito del Derecho, la única obra del Derecho de Gentes ha sido una acotación y no la eliminación de la guerra, por lo demás, la utilización de la palabra anarquía típica de un criterio cuya comprensión aún no ha alcanzado el extremo de saber distinguir entre anarquía y nihilismo.

Por ello, es preciso volver a señalar que la anarquía no es, ni mucho menos, lo peor en comparación con el nihilismo. Anarquía y derecho no se excluyen necesariamente. El derecho de resistencia y el derecho de autoayuda puede ser buen derecho, y por el contrario, una serie de reglamentos que funciona sin resistencia y destruye toda idea de autoayuda, o un sistema de normas y sanciones que elimina silenciosamente a todos los perturbadores, pueden significar una terrible destrucción nihilista de todo derecho. Los grandes problemas del Derecho de Gentes no son tan simples como los que quiere hacer ver aquel pacifismo de la Sociedad de Naciones con su slogan de la anarquía. El sistema de la Sociedad de Naciones ginebrina de 1920 era menos que anarquía y algo más grave que anarquía. Por el contrario, los métodos anarquistas de la Edad Media no eran nihilismo; según puede demostrarse fácilmente, conocían y conservaban un derecho auténtico que consistía en asentamientos y ordenaciones seguros. Ello es lo único decisivo, puesto que hace posible distinguir entre guerras razonables y guerras de destrucción y salvar las posibilidades de ordenaciones concretas frente a la *tabula rasa* de las legalizaciones nihilistas.

En relación con las adquisiciones de tierra definitivas que tienen lugar en suelo acotado y entre participantes de una ordenación común del espacio basada en el Derecho de Gentes surgen cuestiones especialmente difíciles. En tales casos, la toma

de la tierra es interna según el Derecho de Gentes. No afecta a un suelo libre que se encuentra fuera de la ordenación común del espacio, sino al derecho de un propietario *reconocido* hasta entonces por el Derecho de Gentes. El cambio territorial se produce, pues, dentro de una ordenación común de espacio y afecta a un suelo que no puede ser ocupado libremente. Si no ha de ser destruida la ordenación común del espacio a raíz de tal modificación territorial, ésta tendrá que mantenerse dentro de la ordenación espacial general, habrá de ser realizada siguiendo un procedimiento determinado y deberá hallar un reconocimiento. A pesar del cambio territorial, no debe producirse una destrucción ni una negación de la estructura espacial en su totalidad. La propia cuestión de si una modificación de territorio rompe la estructura de la ordenación existente del espacio o es compatible con ella sólo puede ser decidida conjuntamente, o sea a partir de la ordenación general, lo cual no quiere decir que la decisión general haya de ser un acto formal y expreso de una entidad centralizada. Sin una toma general de posición y un reconocimiento general, se rompería la unidad a causa de la cuestión del espacio.

Tampoco es sencillo el problema cuando efectivamente tiene lugar un acuerdo libre y voluntario entre los miembros de la ordenación espacial común que ceden territorio y los que adquieren territorio, y cuando el cambio territorial es regulado por tratados auténticos y expresos entre los que participan de modo inmediato en la cuestión territorial. El interrogante es, en todo caso, el de *quién* es el *participante*. La estructura de la ordenación común del espacio que abarca a todos es una cuestión en la que participan todos los Estados. Es preciso distinguir entre la adquisición o pérdida de suelo relacionada tan sólo con el cambio territorial inmediato, por una parte, y la participación espacial de acuerdo con la ordenación del espacio, por otra. El interés de los participantes indirectos no es necesariamente menos profundo que el de aquellos que ganan o pierden territorio de un modo directo. El argumentos de que se trata de un acuerdo concertado *inter alios* implica una *petitio principii*. Nadie es *alius* cuando la cuestión afecta al espacio común y a la ordenación común y amplia de dicho espacio.

El carácter vinculante de la ordenación amplia del espacio se manifiesta claramente cuando la ordenación espacial es representada como un *equilibrio*. Desde luego, la idea de un equilibrio

político sólo tenía sentido como expresión de una amplia ordenación del espacio de los Estados europeos. No sólo las partes contratantes inmediatas, sino todos los participantes eran afectados por una modificación o alteración del equilibrio. Por lo tanto, en la época posterior a la Paz de Utrecht (1713) y hasta finales del siglo XIX, el equilibrio entre las potencias europeas era considerado con razón como la base y la garantía del Derecho europeo de Gentes. La consecuencia de ello fue la de que cada una de las potencias estaba interesada en cualquier modificación territorial importante dentro del sistema de Estados europeos, mientras que adquisiciones de territorios inmensos, como la conquista de Siberia por Rusia, eran llevadas a cabo sin ser apenas apreciadas. En la idea de un equilibrio europeo encuentra su formulación la ordenación común y reconocida del espacio del suelo europeo. Quien provoca una guerra europea, sabe que todas las potencias europeas participarán en el resultado. La astucia diplomática de un hombre como Bismarck consistía en lograr, antes de producirse ulteriores complicaciones, una "paz relámpago", como lo hiciera en 1864, 1866 y aún en 1871. La comunidad que se impone en virtud de la ordenación del espacio es más importante que todo lo que ha sido afirmado acerca de la soberanía y la no-intervención. No se trata aquí de una valoración político-propagandística de esta política del equilibrio, sino del reconocimiento de que la idea del equilibrio responde de forma específica a puntos de vista espaciales y que en ella se revela el pensamiento de una ordenación amplia del espacio[98]. En ello reside, pese a toda crítica y todo abuso político, la gran superioridad práctica de la propia idea del equilibrio, puesto que en ello radica asimismo su facultad de lograr una acotación de la guerra.

En cierto sentido, el término y la idea de un equilibrio no significan aún hoy, para muchos, más que un orden general equilibrado de fuerzas y contra fuerzas que han llegado a una igualación. En consecuencia, la imagen del equilibrio de fuerzas

[98] "Every arrangement of the map of Europe is regarded of general interest to all members of the European political system, and any of them may claim to have a voice in it". Esto es destacado expresamente por John Westlake como el "pensamiento jurídico general del crecimiento natural" (*Collected Papers*, 1914, pág. 122).

también puede ser utilizada donde están excluidas precisamente las concepciones espaciales. Tampoco es preciso que exista una ordenación que se conserve a sí misma en equilibrio con fuerzas bilateralmente iguales. También puede presentarse el caso de que la hegemonía del más fuerte mantenga en orden a muchos medianos y pequeños. En su teoría del federalismo, Konstantin Frantz sólo admite el federalismo puro de equilibrio, negando en cambio al sistema hegemonial el carácter de un equilibrio como el de un federalismo auténtico. Sin embargo, en la realidad política existen el equilibrio hegemonial y el federalismo hegemonial, de lo cual ofrece un buen ejemplo el Imperio alemán de construcción bismarckiana[99]. En él, Prusia era la potencia hegemónica; no obstante, la cuestión de si había de ser dividido, y de qué forma, el territorio de Alsacia y Lorena, adquirido en 1871, entre los Länder contiguos, o sea Prusia, Baviera y Bade, representaba un problema territorial que también interesaba a los otros Estados miembros, entre ellos sobre todo a Wurttemberg. lo cierto es que en problemas importantes del espacio participan todos. La creación de un *Land imperial* Alsacia-Lorena tuvo en cuenta esta realidad y significó una solución neutral en este aspecto. Bismarck rechazó asimismo el proyecto de una incorporación voluntaria de un Land tan pequeño como Waldeck a Prusia a fin de no tocar este problema espacial dentro de la Confederación. En el año 1909, tras haberse extinguido la línea de Schwarzburg-Sondershausen, este pequeño land permaneció incluso separado del Principado de Schwarzburg-Rudolstadt, convirtiéndose el príncipe, en unión personal, en soberano de ambos Länder.

b) *Cambios territoriales dentro del Ius publicum europaeum*

En la historia del Derecho de Gentes europeo interestatal, todos los cambios territoriales, las nuevas creaciones de Estados, las declaraciones de independencia o de neutralidad se produ-

[99] Ello ha sido expuesto con frecuencia por el eminente experto en Derecho constitucional federal Carl Bilfinger, por ejemplo en su ponencia presentada a la asamblea de la Asociación de Profesores Alemanes de Derecho Político de Jena, 1924 (tomo I de los documentos de esta Asociación, Berlín, 1924).

jeron, o al menos fueron sancionados, como tratados colectivos en conferencias europeas. Sobre todo las neutralizaciones permanentes de Estados —Suiza en 1815 y Bélgica en 1831-39— son objeto de tratados colectivos entre las grandes potencias europeas, puesto que en virtud de la neutralización, determinados territorios estatales adquieren un *status* especial del suelo, según el Derecho de Gentes, por la razón de que dejan de ser escenario de guerra. Los tratados colectivos —1648, 1713, 1814-15, 1856, 1878, 1885 (Conferencia del Congo)— determinan las diferentes etapas de la evolución de este Derecho de Gentes como ordenación del espacio. En cambio, las negociaciones y determinaciones de las Conferencias de París de 1918-19, que condujeron a los tratados de los arrabales de Versalles, Saint-Germain, Trianón y Neuilly, sólo siguieron en apariencia esta tradición. En realidad les faltó, según demostraremos más adelante, la concepción de una estructura concreta del espacio. Aquellas conferencias europeas anteriores evidencian que el Derecho de Gentes interestatal de Europa estaba basado en una amplia ordenación del espacio centrada en Europa, que desarrollaba sus métodos y formas para todas las modificaciones territoriales importantes en deliberaciones y resoluciones comunes, dando así un buen sentido a la idea de un equilibrio.

En este aspecto, las grandes potencias ocupan una posición predominante, puesto que su participación en la ordenación común del espacio es la más importante. En ello reside, precisamente, la naturaleza de una gran potencia, en tanto en cuanto esta palabra no sólo define en general un gran poder, sino, de manera concisa, la posición preeminente en el marco de una ordenación existente en la que están reconocidas varias *grandes potencias como tales*. El reconocimiento de una gran potencia por otra gran potencia es la forma más elevada de reconocimiento según el Derecho de Gentes. Por él, los reconocedores se reconocen mutuamente en grado máximo como tales. Así, pudieron colocarse al lado de las grandes potencias existentes, y ser reconocidas como gran potencia, Rusia y Prusia en el siglo XVIII e Italia en el siglo XIX (1867). El reconocimiento de los Estados Unidos de América como gran potencia, que en los tratados es fechado en el año 1865, representa un problema especial y extraño del siglo XIX, puesto que los principios de la política exterior de los Estados Unidos, que figuran en la Doctrina

Monroe de 1823, incluyen en el fondo una recusación de todo reconocimiento semejante expresado por potencias europeas. La línea de un hemisferio occidental ya implica el hecho de que se pone polémicamente en duda la ordenación específicamente europea como ordenación global del espacio. El reconocimiento del Japón como gran potencia aparece fechado tanto en el año 1894 como en la época posterior a la guerra ruso-japonesa de 1904-05. Según ello, las dos guerras libradas victoriosamente por el Japón son consideradas como partidas de recepción para la acogida en el círculo más estrecho de las grandes potencias portadoras del Derecho de Gentes. Para los propios japoneses, el acontecimiento decisivo fue la participación en la expedición correccional de las grandes potencias contra China (1900). Con una gran potencia asiático-oriental comenzó así, desde Asia, la transición hacia una nueva ordenación mundial que ya no estaría centrada en Europa.

De estos datos históricos ya puede desprenderse que el *reconocimiento como gran potencia* se relaciona en primer lugar con la ordenación del espacio y constituye un acontecimiento importante que afecta la estructura espacial de un orden entre los pueblos; y no sólo porque, a través del reconocimiento como gran potencia adquiere su mayor importancia el reconocimiento del *ius belli* y del *iustus hostis*, sino también por una razón vinculada con la ordenación específica del espacio. El reconocimiento como gran potencia es la institución jurídica más importante del Derecho de Gentes para cuestiones de la adquisición de tierra. Significa, en consecuencia, para la realidad del Derecho europeo interestatal, el derecho a la participación en conferencias y negociaciones europeas. En el siglo XIX, significaba para el Imperio alemán y para Italia el derecho a adquisiciones coloniales en Africa y en el Mar del Sur. En este aspecto, la Conferencia del Congo de 1885, de la que hablaremos más adelante, es un ejemplo instructivo. Así pues, el reconocimiento como gran potencia ha sido, en todas las épocas, una institución jurídica del Derecho de Gentes de la misma importancia que el reconocimiento de un nuevo Estado o un nuevo Gobierno, que en el tratamiento del problema habitual desde 1890 era el único reconocimiento en que se pensaba, en la mayoría de los casos, cuando se trataba del reconocimiento internacional como institución jurídica.

Eran las grandes potencias, en su calidad de portadoras y garantes de la ordenación del espacio dirigida por ellas, las que prestaban su reconocimiento a todos los cambios territoriales importantes. Como es natural, todo reconocimiento de un nuevo Estado reviste, en el fondo, un carácter espacial. Representa una declaración referida esencialmente a un cambio territorial, en el sentido de que el cambio es aceptable para la estructura general de la ordenación común existente del espacio. Frente al Estado reconocido, ello puede significar materialmente, en casos individuales —sobre todo cuando se trata de pequeños Estados, como por ejemplo los Estados balcánicos creados en 1856 y 1878—, una auténtica adjudicación de Derecho de Gentes. En ningún caso se evidencia con más claridad que la amplia vinculación que provee a una ordenación interestatal de potencias soberanas; su fuerza legal no consiste en la voluntad presuntamente soberana de cada uno de los miembros, sino está basada en la pertenencia a un espacio y suelo común, cuya distribución representa el amplio nomos de esta ordenación.

Cuando la concertación de una paz incluye cambios territoriales importantes, se convierte asimismo en una cuestión común de toda ordenación concreta, y dado que una guerra entre miembros de una comunidad de pueblos ha de conducir, como es razonable, a la conclusión de una paz, ya debe manifestarse, en todos los casos importantes, el interés de los no-beligerantes en el curso de tal guerra. Todas las guerras libradas sobre suelo europeo entre Estados europeos siempre han sido seguidas con gran interés e influidas en su resultado por todas las grandes potencias europeas, aún cuando fueran neutrales. Nadie ha calificado jamás este interés atento de injerencia, y todo estadista europeo lo ha considerado como una cosa natural y ha contado con ello. El libre derecho a la guerra, el *ius ad bellum* soberano, le hacía posible a cada una de los miembros de esta ordenación participar en todo momento también formalmente y, en caso necesario, conseguir así por la fuerza su participación en la deliberación y decisión común. No obstante, el Derecho europeo de Gentes dirigido por las grandes potencias europeas ha sabido llevar a cabo, aún sin este tipo de imposición, con procedimientos relativamente elásticos y soportables, las grandes conferencias comunes y las adaptaciones espaciales que en ellas se decidían, hasta que, también en este aspecto, quedó destruida la antigua ordenación del espacio a causa de la disolución del orden específicamente europeo en un universalismo ajeno al espacio, sin que fuera sustituida la antigua ordenación por una nueva. Ello no sólo se reveló, según mencionado anteriormente, en las Conferencias de Paz de París de 1919-20, sino también, con claridad creciente, en sus continuaciones, o sea en las conferencias de las Asambleas de la Sociedad de Naciones de Ginebra y del Consejo de la Sociedad de Naciones entre 1920 y 1938, que no pudieron lograr auténticas adjudicaciones por la razón de que no tenían como contenido ni la ordenación del antiguo espacio, ni una ordenación espacial específicamente europea, ni tampoco una nueva ordenación global del espacio. En otro capítulo (pág. 251) nos referimos más ampliamente a esta cuestión.

c) *La sucesión de Estados en el Ius Publicum Europaeum (en caso de toma definitiva de la tierra)*

Respecto a tomas definitivas de la tierra dentro de la antigua ordenación interestatal entre miembros de la comunidad del Derecho de Gentes, la Ciencia jurídica ha desarrollado una teoría de la *sucesión de Estados*. Al igual que otras doctrinas de este sistema, esta teoría alcanzó a fines del siglo XIX su precisión clásica para esta época. El estudio de Max Huber acerca de la sucesión de Estados, publicado en el año 1898, ofrece en este aspecto un buen ejemplo. Para los juristas del Derecho contractual positivo, el problema es fácil de resolver, pues para ellos es válido lo que figura positivamente en el tratado; pero con ello no han quedado resueltos los derechos de terceros Estados. Además, hay cuestiones que, deliberadamente, no son reguladas en el tratado. Y también hay regulaciones contractuales que pueden ser expresión de una *opinio necessitatis*, una convicción jurídica, y, en último término, hay casos de sucesión no-contractual de Estados, sobre todo en virtud del aniquilamiento de la existencia estatal del adversario por la guerra, de la *debellatio* o de la creación de un nuevo Estado mediante la separación de una parte de un Estado.

De un modo teórico se está generalmente de acuerdo en que en la llamada sucesión de Estados tiene lugar un cambio de la

soberanía territorial estatal, en consecuencia de lo cual el país afectado por dicho cambio es dominado seguidamente desde una central de poder estatal distinta de la anterior. Sobre este fundamento ha sido desarrollada la llamada sucesión de Estados de los siglos XIX y XX como institución jurídica típica de la toma de la tierra dentro de una ordenación existente del espacio. El hecho de interpretar el cambio del dominio estatal sobre un territorio determinado como una sucesión tiene un sentido preciso: el de motivar, frente al nuevo soberano, reclamaciones y obligaciones basadas en el Derecho de Gentes. Como es natural, el nuevo soberano tomará en consideración numerosos factores. Tratará con mayor o menor delicadeza las relaciones jurídicas que encuentre en el territorio adquirido; continuará pagando los sueldos y pensiones de los funcionarios; con frecuencia, se hará cargo de las deudas estatales del soberano anterior, etc. También es probable que el adquiridor, cuando no se lo impidan razones políticas, mantenga vigentes las llamadas *servidumbres* a las que este sujeto el territorio adquirido. Sin embargo, los casos precedentes que se alegan al respecto son contradictorios y en modo alguno concluyentes.

El método de las generalizaciones normativistas vacías revela precisamente aquí que, por ser abstracto, induce a errores, ya que, ante un problema típicamente espacial, o sea el cambio territorial, no toma en consideración, por principio, ninguno de los puntos de vista concretos respecto al espacio. Así, por ejemplo, el caso de que una colonia de Ultramar, que según el criterio de entonces estaba muy apartada, no se hiciera cargo de las deudas estatales en el momento de su independización (Estados Unidos de América, 1781), es discutido sobre un mismo plano con una adquisición de tierra intraeuropea e incluso intraalemana (aceptación de las deudas estatales del Hanover debelado por parte de Prusia, 1866), o con un caso intraeuropeo de índole distinta (no-aceptación de deudas estatales francesas en Alsacia-Lorena por parte del Imperio alemán, 1871), siendo discutido este último caso, por su parte, sobre un mismo nivel con la anexión del Transvaal (1902). En la práctica, desde luego, este normativismo poco claro y lleno de contradicciones tenía precisamente el sentido de proveer, en una época de disolución, un argumento para para todos los intereses opuestos del que se podía hacer uso según el estado de la cuestión y sin compromiso

alguno. Pero según se asegura, tiene que haber concordancia al menos en cuanto a que el nuevo soberano debe respetar derecho privados legalmente adquiridos. La Corte Internacional de Justicia de La Haya hizo valer su autoridad en este sentido (en el dictamen del 10 de septiembre de 1923 y la sentencia número 7 del 25 de junio de 1926 en relación con una disputa entre el Imperio alemán y Polonia sobre una cuestión de la Ata Silesia), de modo que se habla aquí de un principio jurídico reconocido. Intentemos, por ello, cristalizar el núcleo de una ordenación concreta y real de entre el caos de criterios opuestos y casos precedentes.

El primer interrogante es el siguiente: ¿En qué sentido puede hablarse de sucesión en los casos de tomas definitivas de la tierra que hoy son calificadas de sucesiones de Estados? ¿Son los derechos que el nuevo soberano del territorio ejerce, y las obligaciones que le corresponde, al menos en parte idénticos a los del soberano antiguo? ¿O es que falta toda correlación jurídica en caso de que no sea establecida quizá por la voluntad soberana del nuevo gobernante? Si se contempla el proceso únicamente desde el ángulo de vista del estado territorial soberano aislado, está claro el estado de hechos: el territorio estatal es escenario del *imperium*; en caso de un cambio territorial, el portador del *imperium* abandona el escenario y otro portador soberano aparece en él. El acceso del nuevo gobernante a la soberanía territorial sobre el territorio adquirido, o sea la toma de la tierra, sólo puede imaginarse de forma que la soberanía territorial antigua cesa efectivamente y que la nueva comienza efectivamente. En realidad, no puede hablarse, entre los Estados soberanos individuales, de una sucesión en el sentido de una derivación de derechos o de una incorporación a la situación jurídica antigua. Aquí se revela la analogía con las construcciones de la adquisición de cosas según el antiguo Derecho romano, que no conocía una adquisición derivativa de cosas. En el Derecho de Gentes interestatal, en el que todo debe depender de la efectividad de la posesión del poder estatal soberano, no puede haber, al parecer, más que una sucesión *intencionada*.

No obstante, es evidente que surgirán, con respecto a terceros Estados, reclamaciones y obligaciones basadas en el Derecho de Gentes. El cambio territorial debe producirse en el marco de una ordenación del espacio que continúa existiendo. En otras

palabras, la toma de la tierra ha de ser institucionalizada según el Derecho de Gentes. En la toma definitiva de la tierra éste es un problema distinto del que se presenta en aquella que es únicamente temporal, provisional, cuya ordenación se basa en la institución jurídica de la ocupación militar, y que estudiaremos en el apartado siguiente. En el caso de la toma definitiva de la tierra de que se trata aquí, el antiguo soberano del suelo se ha *retirado* definitivamente, ha *cedido*. Para el pensamiento orientado por la soberanía estatal aislada, es esta *retirada* del territorio, este ceder, lo que abre el camino al adquiridor que llega, de modo que el nuevo soberano del territorio se presenta como adquiridor originario. Los juristas continentales del Derecho de Gentes, autores franceses y alemanes como G. Gidel, Fr. v. Liszt y W. Schönborn, se inclinan por ello, en general, a negar una sucesión legal. La adquisición originaria significa entonces, en la práctica, libertad soberana en el tratamiento del territorio adquirido, una actitud que permanece libre hacia todos los lados, que es ventajosa para el adquiridor como posición jurídica y que por ello es defendida por él en caso de disputa.

A pesar de ello, siempre existe, al menos en el caso de una adquisición de suelo europeo, una sucesión, aún cuando no sea una sucesión de Estados, pues el cambio territorial tiene lugar dentro de una ordenación amplia del espacio que abarca tanto al antiguo como al nuevo soberano del territorio. De este modo, es establecida una continuidad que no se explica por las relaciones especiales y aisladas entre el antiguo y el nuevo poseedor de la soberanía territorial, sino por el hecho de que ambos pertenecen al mismo espacio y forman parte de su ordenación. Algunos autores anglosajones, como Th. J. Lawrence, J. Westlake, L. Oppenheim, Halleck y J. Basset Moore, hablaron sin vacilar de una sucesión legal en el sentido de una adquisición derivativa. En estos términos generales, ello representaba una construcción ventajosa para *terceros* Estados frente al adquiridor, construcción que, en consecuencia, aquéllos hacían valer con la misma frecuencia frente al adquiridor con la que éste, por el contrario, hacía valer para sí mismo la construcción opuesta de la adquisición originaria a fin de tener libertad de acción. Tras la debelación del Transvaal (1902), por ejemplo, el Gobierno inglés rechazó toda obligación construida en base a una sucesión legal, y A. BERRYDALE KEITH defendió asimismo jurídicamente este

criterio en su *Teoría de la sucesión de Estados* (1904), pero desafortunadamente, a pesar del subtítulo de su obra ("With special reference to English and Colonial Law"), no desde el punto de vista del espacio, que es el único que puede aclarar la cuestión. La adquisición de suelo africano aún podía ser considerada, en aquel entonces, como un proceso que tenía lugar fuera del Derecho de Gentes europeo. Por lo demás, aún siendo rechazada o negada una sucesión legal, era posible construir —sobre la base de otras argumentaciones como por ejemplo derecho consuetudinario o presunción de la voluntad estatal o con ayuda de conceptos jurídicos generales o jurídico-civiles (como enriquecimiento, carga, asunción de patrimonio)— obligaciones legales de índole diferente que se aproximaban o alcanzaban el resultado práctico de una sucesión legal. En la mayoría de los casos, las consideraciones morales resultaban ser lo suficientemente eficaces, y en el caso del Transvaal, Inglaterra se hizo cargo efectivamente de las deudas a pesar de haber rechazado una obligación legal.

Pero dejemos aparte las fachadas de este tipo de controversias y tengamos en cuenta dos puntos de vista esenciales, que en ocasiones también surgen de manera decisiva en la argumentación. El primero es el punto de vista del espacio. En un caso determinado, o sea en la cuestión de la no-fortificación de las Islas Aaland, este punto de vista se impuso de forma sorprendentemente clara y demostró que estaba fuera de lugar las analogías jurídico-civiles de la *servidumbre*. Cuando el Consejo de la Liga de Ginebra quedó encargado, bajo referencia al artículo 11 del Pacto, de la cuestión de las Islas Aaland y solicitó un dictamen jurídico de un comité de juristas, este comité, en su informe de fecha 5 de septiembre de 1920, llegó a la conclusión de que el Estado adquiridor (Finlandia) estaba sujeto a la obligación contractual de la no-fortificación de las Islas Aaland que le había sido impuesta al soberano anterior (Rusia) por los Tratados de Paz de París del año 1856, y ello por la razón de que la obligación era parte integrante del Derecho común europeo. El tratado que establecía la obligación de no-fortificación había sido concertado entre la parte obligada, Rusia, e Inglaterra y Francia, y había sido firmado por estas tres potencias, siendo calificado expresamente de parte integrante de un tratado colectivo general, el Tratado de París de 1856, "pour consolider par

là les bienfaits de la paix générale". Tal referencia al Derecho común europeo es posible, desde luego, en toda obligación de índole cualquiera que resulte de semejantes tratados colectivos entre grandes potencias europeas. Pero en la cuestión de la desmilitarización de una isla importante para el dominio marítimo del Mar Báltico tenía sentido hablar de un derecho europeo, y ello era incluso el punto de vista decisivo, puesto que el interés colectivo de que se trataba en dicha ocasión no representaba un interés particular cualquiera, sino una cuestión de la amplia ordenación europea del espacio sostenida por las potencias europeas. Mientras existía una ordenación del espacio típicamente europea sostenida por las grandes potencias europeas, este punto de vista del dictamen jurídico estaba justificado y era convincente y superior a todas las construcciones a partir de una *servidumbre* o una sucesión legal. Sin embargo, en el marco del Pacto de la Liga de Ginebra estaba fuera de lugar el argumento, y la referencia a un Derecho común europeo tuvo un efecto póstumo y apócrifo por la razón de que aquel Pacto, según explicaremos más adelante, no comprendía ninguna ordenación del espacio, y sobre todo ninguna europea.

El segundo punto de vista que vierte alguna luz sobre la teoría, llena de contradicciones, de la sucesión de Estados puede deducirse del aspecto económico del problema del espacio. Este punto de vista explica la unanimidad con la que, según hemos mencionado anteriormente, es reconocido el principio de la obligación a respetar derechos privados bien adquiridos, puesto que se refiere al supuesto tácito de toda la teoría *clásica* de la sucesión de Estados, es decir el hecho de que todos los Estados interesados en el cambio territorial reconocen por principio la misma ordenación económica aún cuando se encuentren en niveles muy distintos de desarrollo. La constitución económica universal reconocida crea un espacio económico común. Esta era, en el siglo XIX, la ordenación de la economía libre autodirigida. Los aranceles protectores de aquella época no anularon el hecho fundamental de una economía libre común. Así, pues, se creó, a partir de la economía, un propio espacio de Derecho de Gentes, un mercado común libre que traspasaba las fronteras políticas de los Estados soberanos. En el aspecto jurídico-constitucional, todos los Estados de esta ordenación de Derecho de Gentes tenían en común una determinada relación entre el Derecho

público y el privado, entre el Estado y la sociedad libre.

Este standard es el supuesto tácito y natural en la práctica y la teoría de la sucesión de Estados —lo mismo, por cierto, que en la configuración, en el Derecho de Gentes, de la ocupación militar en la guerra terrestre— constituye la base de todas sus argumentaciones y construcciones. Por el hecho de establecerse una separación estricta entre el poder estatal y jurídico-público (*imperium* o *iusrisdictio*) y la propiedad jurídico-privada (*dominium*), se hace posible mantener fuera de la discusión jurídica la cuestión más difícil, es decir la de una modificación constitucional total y vinculada al cambio territorial. Al encontrarse en primer plano la soberanía estatal reconocida, el ámbito de lo privado, sobre todo el ámbito de la economía privada y de la propiedad privada, permanecía casi siempre inalterado por el cambio territorial. La ordenación libre —es decir liberal— internacional del mercado sostenida por empresarios privados y comerciantes, el comercio mundial igualmente libre, la libre circulación del capital y el trabajo, disfrutaban de todas las garantías internacionales esenciales que precisaban en la práctica. A todos los Estados civilizados les es común, en esta época, tanto la distinción entre el Derecho público y el privado como también el standard del constitucionalismo liberal, para el que la propiedad, y con ello el comercio, la economía y la industria, pertenecen a la esfera de la propiedad privada protegida por el Derecho constitucional. Podía presuponerse que este standard constitucional estaba reconocido, por principio, por todos los Estados que participaban en el cambio territorial.

Este es el punto de vista decisivo para nuestra cuestión: un cambio territorial *no* era un *cambio constitucional* en el sentido del orden social y de la ordenación de la propiedad. También aquí, la ordenación de la propiedad es parte del ordenamiento del Derecho de Gentes. Para la práctica de la vida interestatal ello es más importante que otras cuestiones individuales y determina con mayor fuerza el carácter jurídico verdadero de un cambio territorial que las formulaciones, en apariencia tan absolutas, acerca de la soberanía del Estado, y también las separaciones, aparentemente tan incisivas, entre lo interior y lo exterior, así como lo público y lo privado. El standard general del constitucionalismo como parte de la ordenación del espacio es de mayor efecto que todas las construcciones dualistas referidas al Estado

con su desvinculación ficticia de lo interior y lo exterior[100]. En el siglo XIX, el cambio territorial según el Derecho interestatal sólo representaba el cambio de un *imperium* puramente jurídico-público y no un cambio de la ordenación de la economía y de la propiedad. Un cambio territorial estatal que hubiera comprendido al propio tiempo un cambio radical de la ordenación de la propiedad en el territorio afectado probablemente hubiera sido considerado en aquel entonces como bolchevista. Mientras la toma de un territorio estatal según el Derecho de Gentes sólo afectaba al escenario del *imperium*, se desarrollaba de acuerdo con el principio del respeto a la propiedad jurídico-privada del suelo. Esto es, en la práctica, lo esencial con respecto a esta época. Los tratados de los arrabales de París de 1919 incluían graves usurpaciones de la propiedad privada alemana, pero, sin embargo, se proponían atenerse en general y por principio al standard constitucionalista, de modo que los defensores de los intereses alemanes pudieron argumentar convenientemente sobre esta base. La idea de que un Estado, gracias a su soberanía, pudiera establecer otro sistema económico que el de la economía libre aún no formaba parte de los ángulos de vista de estas construcciones del Derecho de Gentes. Ante el sistema económico universal, generalmente reconocido, de la economía libre, la frase *cuius regio eius economia* no representaba ningún peligro, dado que todos los Estados de la comunidad del Derecho de Gentes permanecían dentro del marco del mismo sistema económico.

Frente a la toma de la tierra que se desarrollaba en Europa en forma de cambio del imperio estatal sobre un territorio estatal, con preservación simultánea de la ordenación jurídico-privada de la economía y de la propiedad, la toma de una tierra colonial libre fuera de Europa representaba un problema completamente distinto. Este suelo podía ser ocupado libremente en tanto no perteneciera aún, en el sentido del Derecho europeo interestatal, a un determinado Estado. Entre los pueblos no civilizados en absoluto, el poder de los jefes nativos no era un *imperium*, y la explotación del suelo por los indígenas no era

[100] Acerca de la relación entre ambos dualismo (por un lado, el dualismo de interestatal-intraestatal, por otro el del público-privado), véase CARL SCHMITT en la *Publicación de homenaje a Georgios Streit*, Atenas, 1939, reproducido en "Positionen und Begriffe", Hamburgo, 1940, pág. 261 y sigs.

propiedad. En consecuencia, aquí no se podía hablar de una sucesión legal en el *imperium*, aún en el caso de que los europeos que habían ocupado la tierra hubieran concertado tratados con soberanos o jefes nativos y también consideraran firmes estos tratados por los motivos que fuera. En tales casos, el Estado que efectuaba la toma de una tierra no necesitaba tener en cuenta los derechos sobre el suelo con los que se encontraba en la tierra adquirida, a no ser que se tratara de propiedad privada de súbditos de Estados civilizados que eran miembros de la ordenación del Derecho de Gentes interestatal. La cuestión de si habían de considerarse como propiedad las relaciones de los indígenas con el suelo —en el cultivo de los campos, en los pastos o en la caza— según las hallaba el Estado ocupante, era un problema aparte que estaba sometido exclusivamente a la decisión del Estado que había tomado la tierra. En suelo colonial no existían, en favor de los derechos de los nativos sobre la tierra, las consideraciones del Derecho de Gentes, que son características, en la sucesión de Estados de la época liberal, en favor de la propiedad privada del suelo y en favor de los derechos bien adquiridos.

El Estado que efectúa la toma de una tierra puede tratar el suelo colonial tomado, en lo que se refiere a la propiedad privada, el *dominium*, como suelo sin dueño, al igual que, según el Derecho de Gentes, es tierra sin dueño en cuanto al *imperium*. Puede eliminar los derechos de los indígenas sobre el suelo y declararse propietario exclusivo de todo el suelo; puede también asumir los derechos de los jefes nativos y seguir ostentándolos indiferentemente de si ello representa una sucesión legal auténtica o no; puede crear propiedad estatal privada y combinarlo con un cierto reconocimiento de los derechos de explotación de los nativos; puede introducir la propiedad fiduciaria pública del Estado; también puede mantener vigentes los derechos de explotación de los nativos y cubrirlos con una especie de *dominium eminens*. Todas estas posibilidades distintas se han convertido en realidad en la práctica de la toma de la tierra colonial durante los siglos XIX y XX[101]. Estas no son cuestiones intraestatales del

[101] Véase el trabajo citado anteriormente (I, 5) de WILHELM WENGLER, *Vergleichende Betrachtungen über die Rechtsformen des Grundbesitzes der Eingeborenen*, "Beiträge zur Kolonialforschung", tomo III, Berlin, 1942, pág. 88 y sigs.

Derecho de Gentes, ni jurídicos-privadas internacionales, ni tampoco con cuestiones puramente intraestatales. El *status* especial del *suelo de la colonia* se manifiesta aquí con la misma claridad que la división del suelo del globo terrestre en territorio estatal normal y tierra colonial. La división es característica de la estructura del Derecho de Gentes en esta época y forma parte de su estructura del espacio. Sin embargo, en la medida en que el suelo colonial de Ultramar era equiparado sin distinción al territorio estatal en el sentido del suelo europeo, también iba cambiando la estructura del Derecho de Gentes, con lo que llegaría a su fin el Derecho de Gentes específicamente europeo. El concepto de colonia cobra así un momento de carga ideológica que afecta en especial a los poseedores europeos de colonias.

d) *La occupatio bellica en el Ius publicum europaeum (toma de posesión provisional)*

La lógica jurídica de la ordenación concreta del Derecho europeo de Gentes está basada, en todos los aspectos, en los Estados territoriales soberanos dominados por un gobierno central. De ahí surge la respuesta a un interrogante que se impone en la práctica, es decir el de cuál es el efecto, en el Derecho de Gentes, de la ocupación militar de territorios foráneos, pero se encuentran dentro del marco de la ordenación común del espacio. El problema se refiere a la cuestión, en el Derecho de Gentes, de la toma de una tierra *no ocupable libremente*, y es por ello, importante para nuestro contexto.

Mientras la guerra es librada, de acuerdo con el Derecho de Gentes, en base a reclamaciones legales en el sentido del derecho feudal o en base a la sucesión dinástica, representa una realización y ejecución de derechos por la vía de la autoayuda. Pero con ello es enturbiada la claridad formal y la decisión de la estatalidad pura que traía consigo el concepto de Estado. Para el señor feudal, que consigue por sí mismo su derecho mediante la guerra, no existe absolutamente ningún margen para una institución jurídica especial de la *occupatio bellica*. Su guerra es puro ergotismo. Aquello que ha ocupado al enemigo lo conserva en su poder como buen derecho o como prenda de su buen derecho. Esta forma de autoayuda ergotista no puede reconocer

ni siquiera una ejecución provisional, dado que la ocupación de un territorio tomado con justicia ya representa en sí la realización definitiva y no sólo provisional del derecho.

Pero el problema es igualmente difícil ante un concepto de guerra no-discriminatorio de un Derecho de Gentes interestatal de Estados soberanos. En este caso tampoco existe lógicamente una institución jurídica propia de la ocupación militar, pero, desde luego, por una razón completamente distinta y contraria al criterio medieval. Debería suponerse que la soberanía estatal, que comprende el poder efectivo estatalmente organizado dentro de un espacio delimitado, se extiende por sí misma al ámbito respectivo de su poder estatal efectivo. En consecuencia, correspondería a la lógica de un Derecho de Gentes interestatal de Estados soberanos que con cada ocupación efectiva, militar y estatal de un territorio estuviera vinculado un *cambio inmediato de la soberanía* sobre este territorio ocupado, a no ser que el Estado ocupante, en virtud de su voluntad soberana, no desee el cambio de soberanía para sí mismo, sino para otro soberano. En efecto, ha existido, desde la evolución del Estado soberano moderno en los siglos XVII y XVIII, esta práctica del cambio inmediato de soberanía a raíz de ocupaciones militares, del *déplacement immédiat de souveraineté*; pero, desde luego, estaba oscurecida por numerosos vestigios de ideas medievales, feudales y dinásticas, y dentro del Imperio alemán por el carácter no-estatal de este Imperio. Las guerras europeas de los siglos XVII y XVIII eran libradas, en su mayoría, como guerras de sucesión dinástica. En la literatura, al ocupante que se colocaba inmediatamente, es decir sin esperar la conclusión de la paz y el fin de la guerra, en el lugar del soberano anterior se le aplicaba la denominación técnica de *usurpador*[102]. Además, en la guerra de coalición no estaba claro, a veces, para quién mantenía ocupado el ejército ocupante un determinado territorio. En la práctica, la cuestión tampoco era tan urgente como en el siglo XIX, puesto que el ocupante del siglo XVIII, en la mayoría de los casos,

[102] Así, en el trabajo de SAM. DE COCCEJI, *De regimine usurpatoris*, Francfort/Oder 1702 (también en su comentario acerca de Grocio, I, c. 4 §15 y III, c. 6 § 9). Era de importancia que la elaboración jurídico-romana del problema del *ius postliminii* pudiera apoyarse en el título 15, 14 del Código Teodosiano que llevaba el siguiente encabezamiento: "De infirmandis his quae sub *tyrannis* aut *barbaris* gesta sunt".

mantenía en vigencia el derecho existente, en especial el Derecho privado: la propiedad privada y los derechos bien adquiridos, o sea la estructura social en su totalidad permanecían intactos en una medida muy amplia. Gracias a la tolerancia religiosa del absolutismo ilustrado, tampoco solían ser alteradas, desde el siglo XVIII, las circunstancias eclesiásticas por el cambio de soberano.

De este modo, el problema de la toma de la tierra, ya planteado a raíz de la ocupación, no siempre era percibido en la práctica con toda agudeza. El cambio inmediato de la soberanía en virtud de la ocupación militar no causaba prácticamente un efecto total como toma de la tierra. No afectaba a la constitución en el pleno sentido social y económico de la palabra, sino únicamente a la persona del soberano y su ámbito así como a la administración y justicia estatales. Pero también en este caso sólo era el carácter formal claro del moderno concepto de Estado el que creaba la ordenación concreta, al menos en cuanto a los Estados territoriales del continente europeo. El Estado europeo centralizado transformó las concepciones y circunstancias jurídicas de la Edad Media, que estaban entremezcladas con vínculos de lealtad personal, en la unidad territorial de un Estado soberano de espacio delimitado con normalizaciones concretas y calculables.

Respecto a la práctica del *déplacement immédiat de souveraineté*, un historiador francés del Derecho, I. Lameire, recopiló un amplio material procedente de archivos locales, con numerosos ejemplos de guerras francesas, españolas e italianas de los siglos XVII y XVIII. Su exposición es, casi siempre, extensa y sin elaboración conceptual, pero su pensamiento básico es claro y su importancia para la historia del Derecho de Gentes, en lo que se refiere al concepto de Estado, es mayor que la de las generalizaciones teorizantes del Derecho natural expuesto por Grocio, Pufendorf, Wolff y Vattel, y que la de muchos argumentos pseudo-jurídicos del Derecho de Gentes positivistas de aquella época con sus construcciones romano-civilistas. Ambas líneas del Derecho de Gentes, que generalmente son distintas, se muestran igualmente indecisas frente a nuestra cuestión. Lameire, en cambio, revela cómo la práctica de la soberanía estatal elimina las imprecisiones de la situación jurídica medieval. Las referencias a la protección del derecho y la realización del derecho en el sentido de las disputas y guerras del derecho feudal o del derecho imperial alemán parecen ser ahora precariedades

irritantes y alteradoras; todo lo que no se refiere al Estado se torna *impreciso* y *precario* y se desvanece en cuanto aparece el Estado territorial cerrado sobre sí e independiente, con su soberanía claramente perfilada. Este Estado extiende su poder estatal centralizador hacia todos los lugares donde sus ejércitos haya ocupado efectivamente un determinado espacio de tierra firme. Sin esperar la conclusión de un tratado de paz, se considera suficiente el hecho de la *conquista* en el sentido de ocupación efectiva. Es suficiente la posesión administrativa efectiva para conseguir, si el ocupante lo desea, un cambio inmediato de soberanía, someter a los habitantes y las autoridades del territorio ocupado al nuevo soberano y derivar a continuación de éste todo el poder de soberanía dentro del territorio ocupado.

Ello es demostrado por Lameire, con respecto a los siglos XVII y XVIII, a base del comportamiento frente a la justicia del territorio ocupado y frente a las autoridades administrativas. Un ejemplo aparentemente insignificante, pero representativo, al que con razón atribuye gran valor, es el cambio inmediato del papel timbrado de los notarios. Los habitantes del territorio ocupado son tratados inmediatamente como súbditos. El nuevo soberano es legislador, suponiéndose tácitamente, como cosa natural, que se mantendrá en el marco del Derecho público europeo, que conservará el derecho antiguo y las instituciones antiguas en sus fundamentos y que respetará los derechos bien adquiridos y la propiedad privada[103]. Una cierta modificación de este cambio de soberanía sólo aparentemente radical consiste en

[103] IRÉNÉE LAMEIRE, *Théorie et pratique de la conquête de l'ancien Droit. Etude de Droit international ancien*, tomos 1-5, París, 1902-1911. El autor expone ante el lector su extenso material de archivo y renuncia a una "síntesis", dejándola al criterio del lector, lo cual dificulta la lectura del libro. A pesar de ello, comprendo el interés especial con el que Maurice Hauriou destaca este libro (*Précis de Droit Public*, 1916, pág. 339, nota), pues es más importante para la historia del Derecho de Gentes y del Derecho político que muchas construcciones teórico-estatales y permite apreciar la estructura de un Derecho de Gentes referido puramente al Estado, así como su incompatibilidad con el Derecho de Gentes medieval. Toda ordenación concreta de un Derecho de Gentes referido al Estado radica en la forma de organización territorial *Estado* y no en un *Derecho* separado de ella. El hecho de que las relaciones interestatales son algo totalmente distinto de las relaciones de Derecho de Gentes dentro de un sistema feudal o de un imperio es evidenciado aquí por el ejemplo de la *conquista militar*.

un *ius postliminii*, muy poco claro, del Estado contrario como tal así como de las personas privadas y de las relaciones jurídico-privadas[104].

Sin embargo, cuando las guerras europeas se fueron combinando con una revolución política y social, se hizo evidente, al menos por unos años, el significado que puede tener el que una ocupación militar traiga consigo un cambio inmediato de soberanía que no se mantiene dentro del marco de una ordenación del espacio amplia y homogénea. Los ejércitos de la Revolución francesa que desde 1792 penetraban en Bélgica, Alemania, Italia y Suiza proclamaban, desde el mismo momento de su aparición, la *libertad* del pueblo y eliminación de los privilegios feudales. La ocupación militar provocaba así un *cambio de la Constitución* en el pleno sentido político, económico y social de la palabra. Tras la victoria de la Restauración legitimista de 1815, ello era considerado, desde luego, como una forma de actuar contraria al Derecho de Gentes. La Restauración legitimista logró restablecer algunos privilegios, pero, no obstante, no fue capaz de impedir la victoria de la constitución liberal burguesa que abarcaba toda Europa. Quedó conservado el principio del respeto a la propiedad privada, que respondía a los fundamentos del constitucionalismo y con ello al respeto frente a la nueva forma de constitución.

Precisamente Talleyrand, el defensor eficaz del principio de la legitimidad dinástica en el Congreso de Viena, era al propio tiempo el defensor del carácter puramente estatal de las guerras. En este aspecto, pensaba en la guerra entre Estados territoriales europeos como guerra justa en el sentido del Derecho de Gentes, librada en ambos lados por *iusti hostes*, y trataba de imponer esta forma de guerra frente a la guerra marítima inglesa como el único concepto de guerra del Derecho de Gentes. Sin embargo, la guerra puramente estatal se basa en principios absolutamente modernos y de ningún modo en principios medievales feudales

[104] Sobre este punto véase Grocio, III, 9; Vattel, III, 14; A. W. HEFFTER, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart*, tercera edición 1855, págs. 324 y sigs. ("Tras la liberación fáctica del poder enemigo, la situación jurídica alterada por la guerra vuelve a su estado anterior), Heffter distingue el *postliminium* del "poder del pueblo y del Estado", de aquel de las personas privadas y de las circunstancias particulares.

o estamentales. En consecuencia, la restauración de la guerra de Estados puramente militar era infinitamente más importante que toda legitimidad dinástica y toda restauración de los privilegios de la nobleza. La forma de acotación de la guerra es decisiva para el Derecho de Gentes, y cuando la guerra se convierte en una disputa puramente interestatal, debe dejar intacto todo lo no-estatal, sobre todo la economía y el comercio y todo el ámbito de la sociedad burguesa. Del mismo modo, la ocupación militar tampoco debe afectar a la *Constitución*, es decir a los principios del sistema constitucional burgués. El ocupante no debe modificar en modo alguno la estructura económica y social del territorio ocupado, y se presupone que el portador de los poderes de la ocupación sea —a pesar de la desconfianza general frente a los militares— un comandante militar y no un comisario civil.

A raíz de las guerras napoleónicas surgieron numerosas cuestiones jurídicas como consecuencia de disposiciones dictadas por ocupantes militares y nuevos soberanos de territorios, que se referían en especial a la compra de señoríos y la recaudación de imposiciones estatales. los juristas de los Estados individuales alemanes siguieron desarrollando en aquel entonces la idea de la soberanía estatal en el aspecto material y establecieron una distinción entre el Estado como tal y los portadores respectivos del poder estatal. Fue perfilada con toda agudeza la continuidad de este *Estado como tal*, del *Estado como persona jurídica*, al tener lugar un cambio de soberano. El Estado se hace independiente de la cuestión de si el poder estatal instaurado en cada caso es legítimo o no. Lo mismo que, según el Derecho de Gentes, la guerra de los Estados es independiente de la cuestión de la justicia o injusticia de la causa de la guerra, es eliminada también, en el aspecto *jurídico-constitucional*, la cuestión de la causa justa. Todo el derecho radica ahora en la forma existencial como Estado. "La legalidad de la motivación no es una característica esencial del poder estatal", según destacó aún el Tribunal imperial alemán, con la mayor naturalidad, en ocasión del cambio de régimen y Constitución de 1918-19[105]. Frente al portador respectivo —legítimo o no-legítimo, legal o no-legal— de la soberanía estatal, frente al cambio de régimen, se

[105] *Entscheidungen in Zivilsachen*, tomo 100 (1920), pág. 27.

destaca ahora con perfecta claridad jurídica, también en el aspecto interior, el sujeto jurídico independiente *Estado* caracterizado por el territorio, los súbditos y el poder organizado.

En el Electorado de Hesse surgieron numerosas disputas jurídicas, procesos y dictámenes cuando el Príncipe elector legítimo, a su regreso, trató de conseguir que los decretos y disposiciones del Rey de Westfalia (1806-1812) fueran considerados nulos y jurídicamente inexistentes. La cuestión se refería, en la práctica, sobre todo a las disposiciones del soberano temporal relativas a la propiedad estatal y a la situación jurídica de los deudores de derechos y reclamaciones estatales, en especial la anulación de tales reclamaciones mediante pago o remisión. Los tribunales y juristas hesienses partieron, a pesar de las disposiciones contrarias del Príncipe elector, del supuesto de que el Electorado había seguido siendo ininterrumpidamente, también bajo el dominio del Rey de Westfalia, el mismo *Estado* y que, como sujeto jurídico, era idéntico al Estado gobernado por el antiguo príncipe elector que ahora había regresado. El pensamiento de la identidad y continuidad del Estado poseía más vigor que toda legitimidad e incluso toda legalidad. El cambio de gobierno y de régimen no significaba, pues, un cambio de la soberanía estatal, no representaba un *caso de sucesión de Estados*. Por otro lado, una mera ocupación militar no provocaba un cambio de *gobierno*. El Rey de Westfalia, que ejerció el gobierno de 1806 a 1812, no era, pues, un mero ocupante militar (como por ejemplo el propio Napoleón en el breve período de la ocupación militar del territorio de Hanau), sino algo más importante: era portador de una soberanía estatal verdadera. En comparación con el príncipe legítimo, desde luego, no era más que un *soberano temporal*, pero en comparación con un mero ocupante militar, era efectivamente un *verdadero soberano* estatal. Sus decretos se derivaban de la soberanía estatal, y por lo tanto no podían ser considerados nulos, sino representaban actos legales de Estado[106].

[106] BURKHARD WILHELM PFEIFFER, *Inwiefern sind Regierungshandlungen eines Zwischenherrschers für den rechtmässigen Regenten nach dessen Rückkehr verbindlich?*, Kassel, 1819; *Das Recht der Kriegseroberung in Beziehung auf Staatskapitalien*, Kassel, 1823. La obra de SCHWEIKART *Napoleon und die kurhessischen Staatsgläubiger* no ha estado a mi alcance.

Así, pues, la *occupatio bellica* pasó a ser la antítesis conceptual tanto de un *cambio de soberanía* como de un *cambio de régimen*. Ya no representaba la *toma de una tierra* ni provocaba un cambio territorial, sino una toma de posesión meramente provisional y fáctica del suelo y de las cosas que se encontraban sobre el mismo, así como una sumisión, igualmente provisional y fáctica, de las personas existentes en el suelo ocupado y de su adminis-tración y su justicia. Permanecía bajo la *reserva* del *ius postliminii*, es decir del restablecimiento fáctico del estado anterior, y ello, por otra parte, bajo la reserva de las modificaciones llevadas a cabo fáctica y justamente. Por lo tanto, la ocupación militar no anulaba en modo alguno la identidad y continuidad del Estado al que pertenecía el suelo ocupado, ni tampoco eliminaba la soberanía territorial de ese Estado sobre el territorio ocupado. Tampoco se asemejaba de ningún modo a un cambio de régimen, y mucho menos aún traía consigo un cambio de la Constitución para el territorio ocupado. Su carácter provisional y meramente fáctico determinaba su naturaleza jurídico-estatal y jurídico-internacional. Con ayuda de tales diferenciaciones, se fue perfilando claramente, en el curso del siglo XIX, una institución jurídica especial del Derecho de Gentes, la *occupatio bellica*, la *ocupación militar efectiva*, que no debía significar para el territorio ocupado ni un cambio territorial ni un cambio constitucional ni tampoco un cambio de régimen, y que debía ser distinta de cada una de estas modificaciones del *status*.

Es extraño e instructivo observar cómo precisamente la acentuación del carácter *meramente provisional* y *meramente fáctico* de la ocupación militar suscitó la elaboración de un concepto jurídico de esta ocupación militar. Para el jurista formado en el sentido civilista era lógico referirse a la distinción entre la propiedad y la posesión, entre el cambio de propiedad y el cambio de posesión, y afirmar que el ocupante militar, hasta el término definitivo de la guerra, no era propietario, sino únicamente poseedor. Pero con ello sólo se establecen analogías incompletas que no tocan el núcleo de la cuestión, pues se trata de una delimitación de derechos, o sea de un auténtico problema de ordenación del espacio, que representa una cuestión especialmente difícil para un Derecho de Gentes de Estados territoriales soberanos que coinciden en el mismo espacio. ¿Cómo puede construirse, sin cambio de soberanía, un poder estatal ejercido

efectivamente por una potencia estatal en territorio estatal ajeno y contra la voluntad del soberano contrario? De hecho, se enfrenta aquí un Estado soberano a otro Estado soberano. Pero el poder estatal soberano es, sobre todo, poder efectivo. El Estado ocupante extiende su poder efectivo al territorio del adversario, el cual ya no posee entonces poder efectivo; a pesar de ello, la extensión del poder efectivo no ha de traer consigo ningún cambio de soberanía ni de régimen ni de constitución. ¿Cómo es esto posible en la teoría y en la realidad? La referencia a la voluntad soberana del ocupante que renuncia voluntariamente al cambio de soberanía sería una mera ficción y un razonamiento teóricamente vacío y prácticamente muy precario.

Pese a esta dificultad de la construcción jurídica, no puede negarse que la *occupatio bellica* ha ido transformándose desde 1815 en una institución jurídica reconocida por el Derecho de Gentes. Fue objeto de una regulación expresa en la Conferencia de Bruselas de 1874 y en las estipulaciones del primer y segundo (coincidente esencialmente con aquél) Reglamento sobre la Guerra Terrestre de La Haya de 1899 y 1907, respectivamente (art. 42 y sigs.). La base de dicha regulación es la estricta distinción entre el cambio de soberanía, o sea el cambio territorial, y la modificación provisional que se produce en virtud de la ocupación militar. Una teoría ampliamente divulgada trataba de explicar esta difícil distinción con ayuda de una construcción igualmente difícil: que el Estado ocupante ejercía el poder estatal en el territorio enemigo ocupado, pero no el poder estatal propio, sino el del Estado del territorio ocupado, y que no llevaba a cabo este ejercicio del poder estatal ajeno a raíz de una autorización por parte del Estado contrario, sino en virtud de su propio título jurídico originario de Derecho de Gentes. El título de Derecho de Gentes aparece aquí dentro como motivo jurídico independiente, no derivado de la soberanía de los Estados en cuestión. No es la renuncia del ocupante la que impide el cambio inmediato de soberanía, ni tampoco es la autorización por parte del ocupado la que concede al ocupante su derecho al ejercicio del poder estatal ajeno.

El verdadero estado de cosas es que el comandante en jefe de las fuerzas militares de la potencia ocupante entra en relaciones directas con la población del territorio ocupado. Surge así una "comunidad jurídica provisional entre el enemigo y los

habitantes del territorio ocupado"[107]. Esta es la realidad indiscutible, que sin embargo es incompatible con la exclusividad dogmática de la llamada teoría dualista de la relación entre lo interno y lo externo, pues no se trata ni de derecho puramente intraestatal ni de derecho puramente interestatal. La población del territorio ocupado no era considerada como sujeto jurídico, y algunos intentos individuales de considerarla como tal, como el del jurista italiano Gabba, no tuvieron éxito alguno. Por ello, los juristas que desarrollaron la institución jurídica de Derecho de Gentes *occupatio bellica* tampoco se dieron cuenta del paralelo sorprendente que se produce entre las atribuciones, según el Derecho de Gentes, del comandante en jefe en el territorio enemigo ocupado y las atribuciones, según el Derecho estatal, del portador del poder ejecutivo en el espacio en el que ha sido declarado el estado de guerra, de ocupación o de excepción. Como consecuencia de ello, las cuestiones prácticamente importantes no hallaron una respuesta jurídica que hubiera respondido al verdadero estado de cosas; ello es válido, sobre todo, en cuanto a las situaciones y medidas difíciles, pero inevitables, que son tratadas por ejemplo bajo la rúbrica de *rehenes*. La ciencia jurídica positivista del Derecho constitucional continental se encontraba sin recursos ante el problema del estado de excepción. Ello se debía a la naturaleza del método positivista, el cual, por razón de su dependencia de la voluntad estatal de establecer preceptos jurídicos, fracasa ante dificultades tanto en el terreno del Derecho de Gentes como en el del Derecho constitucional. En tales casos, suele eludir simplemente la cuestión y calificarla de *no jurídica*, sino política.

Así se explican las construcciones artificiosas que en el siglo XIX fueron elaboradas en relación con la institución jurídica de la ocupación militar de territorio enemigo y que trataban de eludir el verdadero problema del espacio: el poder estatal ajeno sobre el territorio de un Estado soberano que continúa existiendo. Pero aquellas construcciones complicadas que maniobraban

[107] EDGAR LOENING, *Die Verwaltung des General-Gouvernements Elsass-Lothringen. Ein Beitrag zur Geschichte des Völkerrechts*, Estrasburgo, 1874, pág. 35. Hasta el momento presente, este libro representa, con mucho, el mejor y más minuciosamente elaborado estudio científico del problema en toda la literatura alemana.

entre las dos soberanías estatales eran, no obstante, típicas del Derecho de Gentes europeo del siglo XIX y condujeron finalmente a la última gran obra del Derecho de Gentes del *Ius publicum europaeum*, a una institución jurídica de una lógica clásica, a una juridización y con ella a una acotación de la guerra. En este concepto de la *occupatio bellica*, elevado a institución jurídica del Derecho de Gentes, convergen cinco órdenes de pensamientos cuyo contenido representa en parte construcciones jurídicas y en parte ideas histórico-políticas del siglo XIX:

1. La concepción del *iustus hostis*, es decir, la no-discriminación del adversario de guerra.

2. El criterio de que la guerra terrestre continental es una pura guerra de combatientes que representa, en lo esencial, una disputa entre los ejércitos estatalmente organizados de ambos lados, y que trata de separar el ámbito puramente militar de todos los demás ámbitos: la economía, la vida cultural y espiritual, la Iglesia y la sociedad. En consecuencia, los poderes del ocupante deberían ser ejercidos por un comandante militar. A pesar de la desconfianza general frente a las tropas, un comisario civil despertaría más bien dudas, puesto que en él se encuentra personificada una vinculación de los ámbitos separados.

3. Efectos del *antiguo* principio de legitimidad que fue reconocido en el Congreso de Viena. Este principio adquirió importancia por cuanto que fomentó la idea general de la oposición entre el derecho y el poder efectivo y contribuyó a que fuera superada la práctica del cambio de soberanía, del *d'eplacement immédiat de souveraineté*, en el momento de la ocupación efectiva.

4. Influencias del *nuevo* principio de legitimidad, del derecho democrático de autodeterminación de los pueblos. Este nuevo principio de legitimidad es, desde luego, opuesto al antiguo principio monárquico-dinástico de legitimidad, pero todo principio de legitimidad mantiene, como tal, la distinción entre el derecho y el poder efectivo, entre el derecho legítimo y el mero *factum*. Un principio de legitimidad democrática distingue, además, entre el pueblo y el poder estatal. Cuando la democracia es de orden liberal-demócrata, también distingue entre el Estado y la sociedad individualista libre. Todas estas diferenciaciones contribuyen a que la ocupación efectiva de un territorio no pueda ser considerada, por sí misma, como definitiva, sino que ha de esperarse que tengan lugar actos normativos, como un

tratado de paz o un plebiscito.

5. El standard constitucional europeo del siglo XIX, que elevó a *status* normal de la vida intraestatal la distinción entre el Derecho privado y el Derecho público. A fines del siglo XIX, en la época en que fue establecido el Reglamento de la Guerra Terrestre de La Haya, el constitucionalismo liberal era considerado idéntico a constitución y civilización en el sentido europeo. En especial la economía pertenecía al ámbito de lo no-estatal y privado. En general, en ambos lados beligerantes se daba por supuesto, tácitamente y a veces expresamente, este standard constitucional intraestatal según el Derecho de Gentes.

Como consecuencia del constitucionalismo liberal, la idea de un cambio constitucional relacionado con la *occupatio bellica* puede quedar prácticamente excluida y sin efecto. En ambos Estados, tanto en el ocupante como en el ocupado, se presupone la vigencia de una Constitución "constitucional". También el Reglamento sobre la Guerra Terrestre de La Haya parte con toda naturalidad de este supuesto. El respeto de los principios de una Constitución constitucional (que en suma es equiparada al propio concepto de constitución) excluye sobre todo las intromisiones del comandante militar y del Estado ocupante en la propiedad privada. La posiblidad de que el Estado ocupante incorpore incluso la totalidad de la economía del territorio ocupado a su propia economía es completamente ajena al modo de pensar del siglo XIX, en el cual se presumía simplemente en ambos lados la existencia de un sistema económico liberal. Tales posibilidades están más allá de todo lo que se pudieran imaginar bajo una ocupación militar los creadores de los Reglamentos de la Guerra Terrestre de La Haya.

El dominio del constitucionalismo liberal, como standard constitucional que se presupone en ambos lados de acuerdo con el Derecho de Gentes, es el factor decisivo de toda la evolución de la *occupatio bellica*, que halló sus formulaciones clásicas en la Conferencia de Bruselas de 1874 y en los Reglamentos sobre la Guerra Terrestre de La Haya de 1899 y 1907. La vinculación entre la estructura de Derecho de Gentes y el standard constitucional ya la hemos observado en relación con la institución jurídica de la toma definitiva de la tierra, o sea, la llamada sucesión de Estados. En cuanto a la *occupatio bellica*, volveremos a señalar en pocas palabras la extraña afinidad esencial entre la institución

jurídica de Derecho de Gentes del territorio militarmente ocupado y el estado de sitio o de excepción dentro de un Estado en que existe una Constitución constitucional. En ambos casos, una situación que exige medidas extraordinarias y por tanto rompe la Constitución, ha de estar sujeta a la continuación de la vigencia de esa misma Constitución. En ambos casos, se procura resolver esta difícil cuestión por medio de una acentuación del carácter meramente provisional de esta situación y de sus medidas.

La separación dualística entre el Derecho de Gentes y el Derecho estatal es, tanto en este caso como en otros, una mera cuestión de fachada. En el fondo, un standard constitucional común supera durante todo el siglo XIX, y hasta la primera guerra mundial, la oposición aparentemente tan aguda entre lo interno y lo externo, de modo que todo este *dualismo* sólo parece ser una cuestión jurídico-formal interesante de orden secundario. Donde no existe el standard constitucional común del constitucionalismo europeo, tampoco puede convertirse en práctica la institución jurídica de la *occupatio bellica*. Cuando Rusia ocupó en el año 1877 territorio otomano, fueron eliminadas inmediatamente las antiguas instituciones islámicas en el territorio ocupado, y precisamente H. Martens, precursor de la institución jurídica de la *occupatio bellica* en la Conferencia de Bruselas de 1874, justificó la introducción inmediata de un nuevo orden social y un moderno ordenamiento jurídico, afirmando que no tenía sentido conservar con la fuerza de las armas rusas precisamente aquellas reglas y estados anticuados cuya eliminación era uno de los fines principales de esta guerra ruso-turca[108].

5. Observaciones acerca de posibilidades y elementos del Derecho de Gentes no referidos al Estado

El Derecho de Gentes interestatal del *Ius publicum europaeum* sólo es una de las numerosas posibilidades histórico-jurídicas del Derecho de Gentes y también contiene, en su propia realidad, fuertes elementos no-estatales. Interestatal no significa, pues, en modo alguno el aislamiento de cada sujeto de Derecho de Gentes

[108] E. A. KOROWIN, *Das Völkerrecht der Ubergangszeit*, Berlín, 1929, pág. 135 (editado en alemán por Herber Kraus).

de este tipo de ordenamiento, sino todo lo contrario. El propio carácter interestatal sólo es comprensible a partir de una amplia ordenación del espacio en que se basan los propios Estados.

Desde 1900, era habitual distinguir entre lo *interno* y lo *externo* como agudo dualismo, siendo enturbiado por ello el sentido de la realidad del Derecho de Gentes interestatal. Sobre todo, no era prestada suficiente atención al hecho de que el Estado del Derecho de Gentes europeo, en su configuración clásica, contiene *en sí mismo* otro dualismo, o sea, el del Derecho *público* y el *privado*. Estos dos dualismos distintos no deben ser aislados[109]. Desafortunadamente, esto ha llegado a ser casi natural en la organización superespecializada de la ciencia jurídica de hoy. A ello se añade que el *Common Law* inglés negaba el dualismo de lo público y lo privado, al igual que negaba el concepto estatal del Estado continental europeo. No obstante, queda en pie lo que ha declarado una vez para siempre el maestro de nuestra ciencia, MAURICE HAURIOU, en sus *Principes de Droit Public*) 2ª ed. 1916, pág. 303 y sigs.): que todo régimen estatal, en el sentido específico e histórico de la palabra Estado, se basa en la separación entre la centralización pública y la economía privada.

Cuanto más cerraba las puertas, desde el ámbito público, el agudo dualismo entre lo interno y lo externo, más importante iba siendo que en el ámbito privado permanecieran abiertas las puertas y que quedara conservada una universalidad del ámbito privado y en especial del económico que atravesara las fronteras. De ello dependía la ordenación del espacio del *Ius publicum europaeum*. Para la comprensión de la realidad del Derecho de Gentes interestatal son precisas, por ello, varias distinciones que revelan las posibilidades y elementos no-estatales de un Derecho de Gentes que por lo demás es inter-estatal.

La relación que exponemos a continuación tiene el propósito de destacar algunos aspectos del Derecho de Gentes, que son ajenos a los conceptos referidos al Estado y pertenecen al amplio campo del Derecho de Gentes no-interestatal. Desgraciadamen-

[109] CARL SCHMITT, *Uber die zwei grossen Dualismen des heutigen Rechtssystems. Wie verhält sich die Unterscheidung von Völkerrecht un staatlichem Recht zu der innerstaatlichen Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht?*, en la publicación de homenaje a Georgios Streit, Atenas, 1940 ("Positionen und Begriffe", pág. 261).

te, la palabra Estado ha sido convertida en un concepto general sin diferenciaciones, un uso impropio cuya consecuencia es una confusión general. Sobre todo, algunas concepciones del espacio de la época específicamente estatal del Derecho de Gentes de los siglos XVI al XX han sido trasladadas a otras ordenaciones fundamentalmente distintas del Derecho de Gentes. Frente a ello, es oportuno recordar que el Derecho interestatal de Gentes está limitado a fenómenos históricos —sujetos a la época— de la unidad política y de la ordenación espacial de la tierra, y que en esta misma época interestatal siempre han sido también determinantes, junto a las puramente estatales, otras relaciones, reglas e instituciones no-interestatales.

I. El Derecho de Gentes, *Ius publicum europaeum* en el sentido de un *iustus inter gentes*, está sujeto, como es natural, a la forma de organización de estas *gentes* y puede significar:

1. derecho entre pueblos (entre familias, estirpes, clanes, grandes estirpes, razas, naciones);

2. derecho inter-municipal (entre *poleis* y *civitates* autónomas);

3. derecho inter-estatal (entre las ordenaciones territoriales centralizadas de entidades soberanas);

4. derecho vigente entre autoridades eclesiásticas y potencias laicas (papa, califa, buda, dalai-lama, en sus relaciones con otras formaciones de poder, en especial como portadores de la guerra sagrada);

5. derecho inter-imperial (entre grandes potencias con una soberanía espacial que alcanza más allá del territorio estatal), que ha de distinguirse del Derecho de Gentes entre pueblos, inter-estatal, etc., vigente *dentro* de un imperio o un gran espacio.

II. Al lado del Ius gentium en el sentido de un *ius inter gentes* (distinto según los formas estructurales de las *gentes*), puede haber un *derecho común universal* que traspasa las fronteras de las *gentes* cerradas sobre sí (pueblos, Estados, imperios), y que puede consistir en un standard constitucional común o en un mínimo de organización interna cuya existencia se presume, o en criterios e instituciones religiosos, civilizadores y económicos

comunes. El caso de aplicación más importante es un derecho generalmente reconocido —que rebasa las fronteras de los Estados y pueblos— de personas libres a la propiedad y a un mínimo de garantía procesal (*due process of law*).

Así existía en el siglo XIX en el Derecho de Gentes europeo, al lado del propio Derecho interestatal diferenciado dualísticamente en cuanto a lo interno y lo externo, un *Derecho económico* común, un Derecho privado internacional cuyo standard constitucional común (la Constitución constitucional) era más importante que la soberanía política de las estructuras territoriales individuales cerradas sobre sí (en el aspecto político, pero no en el económico). En el momento en que la soberanía política comenzó a convertirse en autarquía económica, también quedó suspendida, junto con el supuesto del standard constitucional común, la ordenación común del espacio.

Lorenz von Stein se refiere a estos dos derecho diferentes (el Derecho interestatal y el Derecho común universal) cuando establece una distinción entre el *Derecho de Gentes*, como Derecho interestatal, y el *Derecho internacional* como *Derecho económico y de extranjeros común*.

Este Derecho internacional del comercio y de la economía libres estaba vinculado en el siglo XIX con la libertad de los mares interpretada por el imperio mundial inglés. Inglaterra, que por su parte no había desarrollado el dualismo estatal continental entre Derecho público y privado, podía entrar en contacto inmediato con la parte integrante privada, no-estatal, de cada uno de los Estados europeos. La vinculación de ambas libertades determinó —en mucho mayor grado que la soberanía interestatal de Estados en igualdad de derechos— la realidad del Derecho de Gentes europeo en el siglo XIX. Forman parte de esta realidad, pues, las dos grandes libertades de esta época: la libertad de los mares y la libertad del comercio mundial.

Capítulo IV

La cuestión de un nuevo Nomos de la Tierra

1. La última toma europea conjunta de la tierra (Conferencia del Congo de 1885)

El período de 1870 a 1890 fue para Europa una época del mayor optimismo. Habían quedado atrás las advertencias de los años 1815 a 1848. Los pronósticos de hombres importantes como Berthold Georg von Niebuhr, Alexis de Tocqueville y Donoso Cortés habían caído en olvido, y se sobreentiende, desde luego, que la voz de un pobre hegeliano como Bruno Bauer tuviera que extinguirse. De la guerra victoriosa de Crimea contra Rusia y la tremenda guerra civil en los Estados Unidos (1861 a 1864), Europa sufría el peor de los engaños en cuanto a su situación verdadera entre Oriente y Occidente. Los éxitos de Bismarck (1864-1871) y la unificación nacional de Italia (1870) no hicieron más que aumentar las falsas ilusiones generales. La fe creciente en la civilización y el progreso europeos se evidenciaba a través de numerosos proyectos de una organización general europea, de una confederación europea de Estados e incluso de un Estado federal. Proyectos semejantes fueron publicados por juristas eminentes del Derecho público, como Lorimer (1877) y Bluntschli (1878). El documento más asombroso de este optimismo europeo general es la propuesta formulada en el año 1885 por un eminente profesor alemán de Ciencias Políticas, Lorenz von Stein, referente al aseguramiento del tráfico ferroviario europeo continuado (a través de los países beligerantes) en tiempos de guerra. "En nombre de la integridad del gran organismo europeo del tráfico y de la unidad constitucional de Europa", Stein

exigía la neutralización de los grandes trayectos europeos de ferrocarril. Tras las experiencias de los tiempos posteriores, la lectura de semejantes planes de los años anteriores a 1890 produce hoy día la más profunda emoción[110].

En esta época del último florecimiento del *Ius publicum europaeum* tuvo lugar asimismo la última toma conjunta de una tierra no europea por potencias europeas, el último gran acto de un Derecho europeo común de Gentes, que afectó a suelo africano. Simultáneamente fueron incorporados de modo paulatino en esta época de 1870 a 1900 pueblos asiáticos —a su cabeza el Japón— a ciertas relaciones contractuales, seguidamente a comunidades administrativas como la Unión Postal Universal y finalmente, con igualdad de derechos, al ordenamiento general del Derecho europeo de Gentes. En suelo africano, en cambio, se estuvo desarrollando una extraña competición entre viajeros investigadores y sociedades coloniales recién fundadas de las naciones europeas.

El motivo de esta competición era el de realizar descubrimientos e investigaciones científicas, pero también el de efectuar tomas de posesión más o menos simbólicas y de concertar tratados con tribus indígenas y sus jefes. Con frecuencia habían sido concluidos tratados con formaciones de poder no-estatales, que eran típicos de aquella parte del Derecho de Gentes que no era específicamente interestatal. En cambio, para un Derecho de Gentes puramente interestatal de Estados soberanos, o sea para el Derecho europeo de Gentes de aquella época, tales tratados, como es natural, no representaban títulos jurídicos. Pero aquí poseían, al menos según un criterio inglés muy decisivo, un gran valor práctico como métodos preparatorios o coadyuvantes del título jurídico reconocido de la ocupación efectiva. En el Derecho de Gentes interestatal del siglo XIX, los descubrimientos, las investigaciones y las tomas simbólicas de posesión adquirieron importancia práctica como inicio de una ocupación, como *inchoate title* (comp. pág. 103). El propósito era el de que atribuyeran al descubridor y primer investigador, por un tiempo determinado *(a reasonable time)*, una prioridad sobre la adquisición de la tierra

[110] *Le Droit international des chemins de fer en cas de guerre*, en la "Revue de Droit International et de Législation Comparée", XVII (1885), págs. 332-361.

descubierta en virtud de una ocupación efectiva. Pero desde luego se sobreentiende que los descubridores menos afortunados que llegaban demasiado tarde se reservaban la posibilidad de imputar, en el caso dado, este título inicial y de insistir en la ocupación, e incluso en la ocupación totalmente efectiva, como único título jurídico.

Las antiguas formas de adquisición de territorio colonial por sociedades coloniales privadas, que habían estado en uso en el siglo XVII y parecían superadas desde hace tiempo por la evolución estatal, volvieron a surgir ahora por unos decenios con frecuencia sorprendente. Fueron creadas numerosas sociedades coloniales nuevas de todas las grandes potencias europeas. El Imperio alemán e Italia participaron asimismo en la gran toma de la tierra, adaptándose a sus formas contemporáneas basadas en el Derecho de Gentes, en especial mediante la fundación de sociedades coloniales. Simultáneamente, las potencias europeas coloniales, o sea Inglaterra, Francia, el Imperio alemán, Italia y Portugal, concertaron entre ellas, como miembros de la familia de las naciones europeas, numerosos tratados sobre la delimitación de zonas de influencia y esferas de intereses.

El resultado de ello fue una mezcla polimorfa de títulos jurídicos de Derecho de Gentes: descubrimientos e investigaciones científicas, anotaciones cartográficas, tomas de posesión simbólicas y fácticas, pero aún escasamente efectivas, y miles de tratados, con frecuencia de carácter poco claro, concertados entre personas privadas o sociedades coloniales y jefes de tribus indígenas. Esta variedad de títulos fue consolidada posteriormente por acuerdos interestatales entre los Gobiernos europeos que participaban en la adquisición de tierra africana. Los convenios interestatales eran tratados sobre el reconocimiento mutuo del derecho a la toma de la tierra, y en especial sobre delimitaciones de zonas de ocupación entre los *partenaires* europeos, o sea los Estados que participaban directamente en la toma de la tierra y determinaban geográficamente sus esferas e intereses e influencia bajo la aprobación expresa o el consentimiento tácito de terceras potencias que permanecían pasivas.

Esta carrera competitiva de opciones, títulos jurídicos y tomas de posesión tuvo su coronación en un gran congreso internacional sobre tomas de la tierra: la Conferencia del Congo celebrada en Berlín en 1884-85. Tomaron parte en esta Conferen-

cia el Imperio alemán, Austro-Hungría, Bélgica, Dinamarca, España, los Estados Unidos de América, Francia, Gran Bretaña, Italia, los Países Bajos, Luxemburgo, Portugal, Rusia, Suecia y Noruega y el Imperio Otomano. Ostentó la presidencia el Canciller del Imperio alemán, Príncipe de Bismarck, quien en esta ocasión demostró, en efecto, su eficacia como último estadista del Derecho europeo de Gentes. El resultado de la Conferencia fue el *Acta del Congo*, un último documento extraño de la fe inquebrantable en la civilización, el progreso y el comercio libre, así como en el derecho europeo, basado en esta fe, sobre el suelo libre —es decir abierto a la ocupación europea— del continente africano.

La concepción civilizadora del mundo en estos años de fundaciones es un último vestigio de otra época en la que Europa aún representaba el centro sagrado de la tierra; es una secularización que ya ha sido degradada a pura caricatura. Son características de su espíritu y su lenguaje las manifestaciones del Rey Leopoldo de Bélgica, fundador de la Compañía Internacional del Congo, quien en aquel entonces dijo lo siguiente: "Abrir a la civilización la única parte del globo en la que aún no ha penetrado, traspasar las tinieblas que envuelven a poblaciones enteras, esto es, me atrevo a decirlo, una cruzada digna de este siglo de progreso"[111]. El resultado de la Conferencia del Congo ha sido calificado, en ocasiones, de *Derecho internacional africano*, cuyo contenido ha de ser la vigilancia por parte de Europa, la *haute surveillance de l'Europe*[112].

Desde luego, la Conferencia ya no era puramente europea. Los Estados Unidos de América participaban en ella de una

[111] Estas palabras figuran en un discurso pronunciado el día 12 de septiembre de 1876 en Bruselas ante la Sociedad Geográfica. Son tan características del estilo de pensamiento y de lenguaje de la época que han de ser reproducidas en la formulación original: "Ouvrir à la civilisation la seule partie de notre globe qu'elle n'a poit encore pénétrée percer les ténèbres qui enveloppent des populations entières, c'est, j'ose le dire, une *croisade* digne de ce siècle de progrès". Y el cruzado del progreso añade a continuación: "Je serais heureux que Bruxelles devint en quelque sorte le quartier-général de ce mouvement civilisateur".

[112] Así se expresó Hanotaux en la sesión de la Cámara de Diputados francesa el día 7 de junio de 1894 en ocasión de la deliberación acerca del tratado del 12 de mayo de 1894.

manera extraordinariamente efectiva. Poseían ya una cierta base estratégica en Africa, o sea en la República de Liberia, que estaba reconocida desde 1848. Además, habían ejercido una influencia decisiva en esta cuestión al reconocer, el 22 de abril de 1884, la bandera de la Compañía Internacional del Congo, a pesar de que ésta no era un Estado. Con ello se abrió el camino a la confusión que consistía en el tratamiento de una colonia internacional como Estado independiente. El concepto central del antiguo Derecho de Gentes europeo interestatal había quedado intrincado. En la Conferencia misma fue importante la influencia de los Estados Unidos, sobre todo en la cuestión de la neutralización de la cuenca del Congo. Pero sin embargo, no ratificaron el Acta del Congo y rechazaron asimismo, más tarde, toda colaboración cuando en 1914, en la primera guerra mundial, adquirió actualidad la cuestión de la neutralización de la cuenca del Congo. Así, pues, ya se hizo evidente en esta Conferencia del Congo la mezcla de ausencia fundamental y presencia fáctica en Europa, una extraña contradicción en la postura de los Estados Unidos de América, contradicción que se haría aún más patente después de la primera guerra mundial y que analizaremos detalladamente más adelante.

En aquella época, aún no se anunciaba, frente a la relativización de Europa desde el Occidente americano, una puesta en duda igualmente perceptible desde Oriente. Rusia era considerada en el siglo XIX como una gran potencia conservadora, e incluso como la más conservadora de Europa. Nadie pensaba en una participación del Japón, y menos aún en una gran esfera autónoma en el Asia Oriental. El Imperio otomano, la Sublime Puerta, estaba representado en la Conferencia, como era natural en vista de sus grandes posesiones africanas, tras haber sido admitido formalmente en la Conferencia de París de 1856 "a las ventajas del Derecho público y del concierto europeo". Con ello quedó demorada por unos decenios la liquidación del Imperio otomano en Africa y Asia. El carácter europeo de la Conferencia del Congo, sin embargo, era más bien confirmado por la presencia de un representante otomano, y en todo caso, no era disminuido en modo alguno, desde el Este, a la manera en que ello se perfilaba, desde el Oeste, a través de la participación de los Estados Unidos de América.

Esta Conferencia del Congo formuló las reglas de una toma

europea de suelo africano bajo la salvaguardia prudente de la soberanía de cada Estado. El Acta del Congo establece en el artículo 34 el requisito de una notificación: la potencia signataria que en el futuro tome posesión de tierras en las costas del continente africano, fuera de sus posesiones actuales, o que, sin tener aún posesiones africanas, adquiera allí tierras, y la potencia que asuma allí un protectorado acompañará el acto correspondiente, la toma de posesión, de una notificación a las demás potencias signatarias, a fin de que estas potencias —y éste es el motivo de la obligatoriedad de la notificación que se señala en el texto del art. 34— tengan la posibilidad de hacer valer, en el caso dado, sus reclamaciones. Sigue en el art. 35 una formulación del requisito de la ocupación, que responde al espíritu y a la situación de aquella época; son reconocidas ciertas obligaciones que han de estar vinculadas a la ocupación. Esta formulación precisa un comentario más detallado. Es de la mayor importancia por el hecho de que, como texto auténtico de un convenio solemne sobre la ocupación, pertenece a la historia de un título jurídico central que había estado destinado a justificar, durante algunos siglos, la toma de la tierra libre. La civilización europea, consciente de sí misma, y la fe en un sistema económico liberal de alcance universal se combina aquí con el concepto jurídico de la ocupación para justificar la toma de la tierra no europea. En este contexto ha de tenerse en cuenta que Europa y Africa seguían siendo consideradas , según el Derecho de Gentes, como espacios de naturaleza distinta. Todavía no se había producido una eliminación completa de toda distinción territorial específica, como respondía a la lógica del pensamiento de una economía mundial en cuanto a mercado y comercio. Antes bien, permanecían diferentes en su status jurídico-internacional el territorio estatal europeo, o sea el suelo de la metrópoli, por una parte, y el suelo colonial, por otra; sin embargo, determinados Gobiernos, según veremos más adelante, ya exigieron en esta Conferencia la equiparación, en el Derecho de Gentes, de territorio estatal y colonia.

"Las potencias signatarias reconocen la obligación de asegurar, en los territorios ocupados por ellas en la costa del continente africano, la existencia de una autoridad suficiente para imponer el respeto de los derechos bien adquiridos y, en su caso, la libertad de comercio y de tránsito bajo las condiciones que

puedan haber sido acordadas". Ello no significa aún la ulterior ocupación efectiva, que no quiere decir otra cosa que la equiparación general del *status* del suelo colonial al territorio estatal de la madre patria. La Conferencia del Congo aún no llego a ese extremo. Todavía era demasiado fuerte la comunidad de intereses y convicciones de las potencias europeas que efectuaban tomas de la tierra, y que en aquel entonces consideraban un criterio liberal de la propiedad y la economía como garantía del progreso, la civilización y la libertad. En ello había encontrado la Europa de aquella época un último standard común y universal, que queda expresado en la formulación de los *derechos bien adquiridos* y del aseguramiento del comercio libre. El artículo 1 del Acta del Congo concedía a todas las naciones libertad total de comercio en toda la cuenca del Congo, y asimismo, en el artículo 6, libertad de conciencia y tolerancia religiosa, así como libertad cultural. Aún no se pensaba en una ocupación efectiva en el sentido de que, en cuanto al imperio, el suelo africano estuviera sometido fundamentalmente a las mismas exigencias —aunque moderadas y adaptadas a la situación— que el territorio estatal europeo.

En el Acta del Congo se realiza el intento de combinar con este régimen de libertad internacional una neutralización de la cuenca del Congo. La forma de llevarlo a cabo es para nosotros de gran importancia sintomática. La neutralización debía representar una garantía del comercio libre, pero al propio tiempo debía evitar que europeos libraran guerras entre sí sobre suelo centroafricano y ante los ojos de los negros y valiéndose de ellos. Tendría consecuencias nefastas —señaló Bismarck en su mensaje presidencial al Congreso del 26 de febrero de 1885— si los nativos fueran complicados en las disputas entre las potencias civilizadas. Es evidente que aquí se revela el pensamiento de una especie de *línea de amistad*. Pero mientras que las líneas de amistad de los siglos XVI y XVII, analizadas anteriormente, convertían el espacio no-europeo en escenario de una lucha desconsiderada entre europeos, la línea de amistad del Acta del Congo se propone, por el contrario, limitar una guerra europea al suelo europeo y mantener libre el espacio colonial del escándalo de una contienda entre europeos. Frente a los siglos XVI y XVII, ello parece ser indicio de un aumento de la solidaridad y de un sentido más profundo de la raza común. Pero desde luego, este

bello convenio no se refiere a la totalidad de Africa, sino únicamente a la cuenca del Congo y sus habitantes negros. Además contenía numerosas contradicciones internas, de modo que, al producirse realmente, en el año 1914, el caso de una guerra europea entre las potencias que habían efectuado aquellas ocupaciones de la tierra, el convenio se mostró prácticamente inútil y sólo descubrió la fragilidad interna de esta solidaridad civilizadora y de la ordenación del espacio basada en ella.

Así, al principio, el Acta del Congo contiene, en su artículo 10, una "Declaración acerca de la neutralidad de los territorios de la cuenca del Congo". El contenido y la formulación de esta declaración ya llegaron a ser incomprensibles a los pocos años, como es natural, para el criterio jurídico reinante; sin embargo, son tanto más instructivos en lo que se refiere al cambio que se inició a partir de 1890, así como para una consideración de la estructura del espacio del Derecho europeo de Gentes. El artículo 10 señala que las potencias signatarias se comprometen a respetar la neutralidad de los territorios de la cuenca del Congo en *tanto* las potencias europeas que ejerzan en estos territorios su soberanía u ostenten un protectorado hagan uso de su derecho de declararse neutrales y cumplan las obligaciones que la neutralidad trae consigo. En un sentido abstracto,esto parece extraño y es incluso incomprensible para el criterio actual. Desde finales del siglo XIX, la ciencia del Derecho europeo de Gentes se inclinaba en medida creciente a considerar a todos los territorios de soberanía estatal, tanto la metrópoli como las colonias, sin distinción alguna, como *territorio estatal*. Sin embargo, la estructura espacial del Derecho de Gentes específicamente europeo en el sentido antiguo estaba basada en la diferenciación entre el territorio estatal europeo y el *status* jurídico-internacional del suelo no-europeo. Ahora bien, si el suelo del territorio estatal en el sentido de tal Derecho de Gentes europeo, o sea el suelo europeo, ya no es distinguido en absoluto, en el Derecho de Gentes, de un suelo extra-europeo ultramarino o colonial, queda anulada toda la estructura del espacio del Derecho europeo de Gentes, pues la acotación de la guerra tiene un contenido esencialmente distinto para la guerra interestatal en el interior de Europa que para guerras coloniales sobre suelo no-europeo.

Durante las negociaciones de la Conferencia del Congo, los representantes de Francia (de Courcel) y Portugal (de Serpa

Pimentel) ya hicieron resaltar la identidad absoluta del *status* del suelo, al calificar el suelo ultramarino y colonial de ámbito de soberanía que , al igual que el suelo de la metrópoli europea, era "territorio estatal". Pero en aquella época esta equiparación aún parecía algo artificial y daba la impresión de una tesis de negociación más bien teórica y expuesta por razones tácticas. En cambio, la ciencia jurídica de la época posterior a 1890, que era puramente positivista, o sea referida puramente a leyes intraestatales y normas contractuales interestatales, llegó a convertir la ordenación concreta de un Derecho de Gentes que entonces aún era realmente europeo en una suma de normas de una vigencia inconcreta. De este modo perdió totalmente la conciencia de la estructura espacial de una ordenación concreta y de las diferencias esenciales del *status* jurídico-internacional del suelo que son específicas de esta ordenación. En el aspecto del Derecho de Gentes ya no conocía más que territorio estatal o tierra no-estatal, privando con ello a la colonia de su sentido espacial.

Resulta tanto más interesante analizar con más detalle, desde este punto de vista espacial, el contenido y la formulación del artículo 10 del Acta del Congo. Con el propósito de establecer una nueva garantía para el comercio y la industria, la conservación de la paz y el progreso de la civilización, es acordado expresamente que la neutralidad de las posesiones coloniales en la cuenca del Congo ha de ser respetada en tanto (*aussi longtemps*) permanezca neutral la propia potencia europea poseedora del territorio en cuestión. Según el criterio posterior, que ya no conocía más que un solo *status* del suelo, o sea el territorio estatal de un Estado soberano, se sobreentendía, desde luego, que el suelo colonial de un Estado europeo, sin consideración a su situación geográfica, era escenario de guerra o suelo neutral al igual que el suelo de la metrópoli europea. Para un criterio semejante, sólo puede crear confusión el hecho de que ello sea acordado expresa y solemnemente. En realidad, para el Derecho europeo de Gentes, aún se sobreentendía en aquel entonces la diferencia del *status* del suelo ultramarino y colonial, pues en esta distinción se basaba toda la estructura espacial de la tierra. Sólo es preciso recordar las líneas de amistad de los siglos XVI y XVII para darse cuenta del carácter fundamental de esta cuestión. A la luz de tales divisiones del espacio, el artículo 10 del

Acta del Congo constituye una prueba evidente de que aún permanecía viva en aquella época la conciencia del *status* diferente del suelo y que ésta sólo fue desapareciendo con el derrumbamiento del Derecho europeo de Gentes que se inició inmediatamente después, o sea a partir de 1890.

La cuestión de la identidad o diferencia del *status* del suelo alcanzó importancia práctica para la zona belga de la cuenca del Congo después de que la Colonia internacional del Congo, que había sido reconocida en 1885 como *Estado independiente*, fuera adquirida por un Estado europeo permanentemente neutralizado, Bélgica, y convertida en colonia belga. La adquisición había sido realizada, tras largos años de deliberaciones y discusiones, en el año 1907. Como el *Status* del suelo europeo de Bélgica estaba determinado desde 1839, bajo la garantía de las grandes potencias europeas, por la neutralización, también parecía sobreentenderse, según la formulación abstracta del artículo 10, la neutralización del territorio belga del Congo. Pero la conciencia de la diferencia entre el *status* del suelo europeo y el del suelo africano aún no se había perdido enteramente. Desde 1895, desde los primeros proyectos de anexión del Estado independiente del Congo por Bélgica, se había planteado la cuestión fundamental de si un estado europeo permanentemente neutralizado podía adquirir en realidad posesiones y colonias extraeuropeas. Un problema semejante sólo podía surgir, como es natural, para el antiguo derecho europeo de Derecho de Gentes, que presuponía un *status* del suelo distinto para la metrópoli y la colonia. En cambio, la cuestión pierde en el fondo sentido si toda la tierra dominada por un Estado es considerada, sin diferencias y sin consideraciones espaciales, como "territorio estatal". Ante una identidad abstracta del suelo, no puede comprenderse verdaderamente por qué ha de estar prohibida la adquisición de colonias a un Estado neutralizado y por qué un Estado cualquiera no ha de poder dominar, en cualquier parte del globo, por distante que se encuentre, cualquier trozo de tierra como territorio estatal. En realidad, la neutralización de Bélgica formaba parte, hasta 1914, de la estructura del espacio del Derecho europeo de Gentes. Un semejante *status* del suelo como consecuencia de la neutralización del Estado, y la acotación de la guerra europea que le daba su sentido, no podían ser trasferidos a suelo colonial africano y guerras coloniales.

Por ello, la cuestión, discutida durante más de diez años, de si un Estado neutralizado podía adquirir colonias tenía un buen sentido para el problema de la ordenación del espacio del Derecho de Gentes[113], pues concernía a la cuestión esencial de todo ordenamiento jurídico-internacional: la acotación de la guerra. Pero igualmente significativo fue el método práctico hallado para la resolución de la cuestión. Según el criterio belga, el *status* del suelo de la colonia belga del Congo sólo estaba regulado por el Acta del Congo, es decir la neutralidad de este suelo africano era únicamente "facultativa" y, contrario a la de Bélgica, no estaba garantizada por las grandes potencias. Siendo habitual en acuerdos de garantía la aplicación de la distinción entre "respecter" y "faire respecter", las potencias contratantes ni siquiera se habían comprometido directamente a un "respecter", y mucho menos, como en el caso del suelo de la Bélgica europea, a un "faire respecter" y a la ayuda activa en caso de violación de la neutralidad del Congo. Esta era la situación jurídica del Estado independiente del Congo, creado en 1885 por reconocimiento de las grandes potencias, en el momento de ser adquirido su territorio en 1907 por el Estado belga. Con anterioridad, los juristas belgas habían defendido, naturalmente, el criterio general de que el territorio del Congo era una "colonia independiente" y que el Estado independiente del Congo había sido creado en la Conferencia del Congo mediante el reconocimiento por parte de las grandes potencias europeas. El asesor jurídico del Rey Leopoldo, Rolin Jacquemyns, también había interpretado precisamente este hecho como triunfo de la solidaridad europea y del Derecho de Gentes europeo. Pero ahora, iniciado el siglo XX, los juristas belgas fueron cambiando sus construcciones jurídico-internacionales y adaptaron el punto de vista de que el único título jurídico para la adquisición de tierras era la ocupación efectiva. El lugar en el que un renombrado profesor de Derecho de Bruselas, Paul Ferrera, analiza esta cuestión es significativo para la coherencia de nuestras consideraciones. "Esta claro —señala el jurista belga— que el origen de la soberanía del Estado independiente (del Congo) no se deduce

[113] Fauchille, *L'annexion du Congo à la Belgique et le Droit International*, "Revue de Droit International et Privé", tomo II, página 400; Despagnet, *Essai sur les protectorats*, 1896.

de los 400 tratados concertados por Stanley con los jefes de tribus, ni del reconocimiento por parte de las potencias, sino del hecho de la ocupación misma y de la organización de un territorio cuyos habitantes no habían dependido hasta entonces, en nuestro sentido de la palabra, de ningún Estado"[114].

De esta frase puede desprenderse lo que en realidad significa la alegación del título jurídico de la ocupación efectiva: la negación del título jurídico del "reconocimiento", basado en la comunidad y solidaridad del Derecho de Gentes, y la ruptura de la amplia ordenación del espacio que implica un título semejante. Bélgica, un pequeño Estado europeo, que debía su existencia y su *status* protegido al reconocimiento por parte de las grandes potencias europeas, se independizaba, mediante la declaración de una ocupación efectiva, de la ordenación del espacio del Derecho europeo de Gentes a fin de poder adquirir el territorio del Congo como colonia. No olvidemos que el Rey Leopoldo había logrado, gracias a una táctica acentuadamente "internacional", inducir a las potencias europeas al reconocimiento del Estado internacional del Congo y dispersar sus objeciones. Pocos años después, Bélgica reclama por sí misma su derecho sobre el Congo con ayuda del título jurídico de la ocupación efectiva. Desde luego, es significativo para las circunstancias concretas de tal ocupación el hecho de que el mismo profesor belga de Derecho indica en el mismo lugar, como cifra de habitantes del territorio ocupado, la de 14 a 30 millones, y ello en el año 1909, o sea 25 años después de la fundación del Estado independiente del Congo (!). En efecto, un modo extraño de organización, así como de efectividad, cuando tras un cuarto de siglo aún no se sabe exactamente si en el territorio residen 14 o 30 millones de personas...

En todo caso, el Estado belga se consideraba ahora como sucesor legal de este Estado independiente del Congo creado por ocupación efectiva y no por reconocimiento de Derecho de Gentes. La importante cuestión fundamental de si un Estado permanente neutralizado podía adquirir colonias en suelo no-europeo quedó eludida simplemente por la habilidad del Gobierno belga al procurarse la aprobación por parte de las potencias europeas individuales que en 1839 habían garantizado la neutralización de Bélgica. De esta forma, un asunto esencial común que llevaba implícitos un auténtico problema europeo de ordenación del espacio y la importante cuestión de la acotación de una guerra europea total, fue convertido en una cuestión individual positivista-contractual del Derecho exterior belga. Desde el ángulo de vista de Bélgica, ello debe haber sido bastante práctico en aquel entonces. Sin embargo, no es menos sintomático de la decadencia de la antigua ordenación europea del espacio, iniciada a partir de 1890, el hecho de que las grandes potencias europeas aceptaron individualmente este método en lugar de resolver la cuestión conjunta y fundamentalmente, como aún lo intentaron en la Conferencia del Congo. Hacia finales del siglo XIX, las potencias europeas y los juristas del Derecho europeo de Gentes no sólo habían dejado de ser conscientes de los supuestos espaciales de su propio Derecho de Gentes, sino que también habían perdido todo instinto político, toda fuerza común para una estructura del espacio propia y para una acotación de la guerra.

El artículo 10 va seguido de una disposición, igualmente sintomática, del Acta del Congo de 26 de febrero de 1885, que realiza otro intento de neutralización de la cuenca del Congo de un modo distinto y asimismo extraño y significativo. En el artículo 11, la neutralización proyectada de suelo centro-africano no es acordada simplemente de forma directa, sino únicamente se señala que "en el caso de que una potencia que ejerce en este espacio derechos de soberanía o protectorado se vea complicada en una guerra, los Estados signatarios se comprometen a poner a su disposición sus buenos servicios, a fin de que los territorios que corresponden a la zona de la libertad de comercio acordada y son propiedad de la potencia beligerante sean colocados, por convenio común de los beligerantes y por el período de duración de la guerra, bajo el régimen de la neutralidad y considerados como parte integrante de un Estado no beligerante, renunciando las partes beligerantes a extender las hostilidades a los territorios neutralizados de este modo y a servirse de ellos como base de operaciones militares". Dicho de una manera más sencilla: sólo es acordada una obligación de los no-beligerantes a inducir al o a los beligerantes en caso de una guerra, es decir tras haber estallado una guerra, mediante el ofrecimiento de sus buenos

[114] *Das staatsrecht des Königreichs Belgien*, Tubinga, 1909, página 418.

servicios, a un convenio de neutralización de aquella zona centroafricana. En cambio, los propios beligerantes no están obligados, de modo inmediato, a respetar la neutralidad del suelo colonial.

Esto suena muy circunstanciado, complicado e indirecto. Pero desde luego, las limitaciones prudentes de obligaciones acordadas formalmente son propias del estilo del Derecho de Gentes de Estados soberanos. A pesar de ello, pueden ser, según la situación, extraordinariamente eficaces y logar mayor éxito que cualesquiera promesas, juramentos y garantías solemnes, por directos que sean. En vista de ello, seria absurdo criticar y menospreciar en sí misma aquella forma indirecta de intento de neutralización. Ha de recordarse siempre de nuevo que la fuerza vinculante de una obligación de Estados soberanos basada en el Derecho de Gentes no puede residir en la auto-obligación problemática de soberanos que permanecen libres, sino en la pertenencia común a un espacio acotado, es decir en el efecto amplio de una ordenación concreta del espacio. Esta se impone incluso frente a todas las reservas y opacidades intencionadas de compromisos de formulación penosamente estilizada. Por ello no es tan sólo aquel método extremadamente complicado e indirecto del intento de neutralización en el que se manifiesta la decadencia del antiguo Derecho europeo de Gentes como ordenación concreta. La fragilidad interna ya se evidencia por el hecho de que el supuesto tácito del art. 10, o sea la particularidad jurídico-internacional del *status* del suelo de las colonias extraeuropeas, es suprimido tácitamente en el art. 11 que le sigue inmediatamente. Ello representaba una contradicción interna que ponía en duda de modo directo la propia ordenación del espacio del Derecho europeo de Gentes y con ello la realidad concreta del mismo.

La disolución se fue produciendo, a partir de 1890, de modo tan acelerado y evidente que Charles Dupuis, un buen conocedor de la materia y autor de una historia del Derecho de Gentes centrada en el concierto de las grandes potencias europeas, ya comprueba su fracaso abierto en el año 1908[115]. Ello quedaría confirmado en 1914, al comienzo de la primera guerra mundial,

[115] Conferencias pronunciadas en la Dotation Carnegie, 1928-29.

por el destino de la cuenca neutralizada del Congo. El 7 de agosto de 1914, el Gobierno belga llamó la atención de las potencias europeas sobre el artículo 11 del Acta del Congo. Francia solicitó que España hiciera sugerencias en Berlín. Los Estados Unidos rehusaron toda cooperación y se negaron a preocuparse de que la neutralización fuera llevada a la realidad. Inglaterra se opuso con la argumentación de que no podía considerar neutral a una colonia alemana en tanto existieran en Zanzibar, en territorio alemán, estaciones de comunicación sin hilos y en tanto no quedaran eliminados buques como el *Emden*. Francia se declaró de acuerdo con ello,y Bélgica y Portugal se fueron tranquilizando[116]. En vista del claro resultado final, no son de importancia los ulteriores detalles. Veremos más adelante, sobre el ejemplo de las distribuciones de territorios acordadas en la Conferencia de los arrabales de París de 1919, cómo había sido abandonada totalmente en la Sociedad de Naciones de Ginebra la idea de una ordenación del espacio de la tierra centrada en Europa.

En el año 1885, el Derecho europeo de Gentes aún fue capaz de hacer un gesto de solidaridad al menos con respecto a suelo centroafricano. Ante los problemas que surgieron inmediatamente después en relación con tomas europeas de la tierra en Africa del Norte —Egipto, Marruecos, Libia y Abisinia—, la unidad de Europa ya no pudo mantenerse firme. La evolución política mundial desde la Conferencia del Congo hasta la guerra mundial de 1914-18 ha demostrado que la fe de Europa en la civilización y el progreso ya no lograba crear instituciones de Derecho de Gentes. El triunfo que se había simbolizado en la palabra *Congo* sólo fue breve. Aún cuando la civilización europea se mostraba todavía bastante consciente de su valor para hallar en sí misma el título jurídico para grandes tomas de suelo no-europeo,Europa ya no era el centro sagrado de la tierra ni siquiera para esta forma secularizada de una concepción del mundo. Así, pues, sólo la ocupación como hecho concreto —y ahora era la ocupación efectiva— volvió a ser finalmente el único título jurídico reconocido para la toma de una tierra.

[116] R. C. HAWKINS, *The Belgian proposal to neutralize Central Africa during the European War*, en las Publicaciones de la Grotius Society, vol. I, Londres, 1916, pág. 67 y sigs.

Desde la perspectiva histórica, este período de adquisiciones de tierra centroafricana en el siglo XIX únicamente parece ser un epílogo de los tiempos heroicos de los siglos XVI y XVII. La fe en la civilización y el progreso había quedado degradada a mera fachada ideológica. El renacer de las compañías de comercio del siglo XVII que se manifestaba en las sociedades coloniales del siglo XIX sólo produjo, a lo sumo, un resplandor romántico póstumo. Pero en el fondo, todo ello era una mezcla ya confusa de líneas de división de las esferas de intereses e influencias y de líneas de amistad malogradas, orientada y al propio tiempo socavada por una economía mundial libre que en un principio había de estar centrada en Europa, pero que rebasaba todas las fronteras territoriales. En esta confusión se disolvió el antiguo nomos de la tierra determinado desde Europa.

2. La disolución del Ius publicum europaeum (1890-1918)

Cuando se celebró la Conferencia del Congo de 1885, ya existía un hecho que debería haber parecido extraño e inquietante a un Derecho de Gentes centrado en Europa y consciente de sí mismo: la bandera de la Sociedad del Congo había sido reconocida en primer lugar por el Gobierno de los Estados Unidos de América (el 22 de abril de 1884). Ello constituía un precedente que iniciaba y efectivamente tuvo como consecuencia ulterior el reconocimiento de un nuevo Estado en suelo africano, pero no obstante era considerado en aquel entonces como un caso periférico. A pesar de ello, representaba un síntoma de que el antiguo Derecho de Gentes específicamente europeo se iba disolviendo poco a poco sin ser consciente de ello. Ya no era posible detener el hundimiento del *Ius publicum europaeum* en un Derecho universal sin distinciones algunas. La disolución en lo universal y general significaba al propio tiempo la destrucción de la antigua ordenación global de la tierra. Su lugar fue ocupado durante varios decenios por un normativismo vacío de reglas al parecer generalmente reconocidas, que ocultaba a la conciencia de los hombres el hecho de que se estaba deshaciendo una ordenación concreta de potencias hasta entonces reconocidas y que aún no había sido hallada una nueva ordenación.

La primera gran sombra había caído sobre el Derecho público europeo desde Occidente. Pero junto con el poder creciente de los Estados Unidos se fue evidenciando asimismo su extraña inseguridad en el sentido de no poder decidirse entre el claro *aislamiento* tras una línea de separación trazada frente a Europa y una *intervención* humanitaria universalista que abarcara toda la tierra. Analizaremos este tema en un capítulo especial. En las Conferencias de Paz de París de 1919, esta evolución alcanzó un punto culminante trágico y halló, además, una expresión simbólica en el destino del presidente W. Wilson. Estos hechos caracterizan el período al que nos dedicaremos seguidamente, y que ha de situarse entre los años 1890 y1939. Su resultado final es, en todos los aspectos, el mismo, o sea el fin de aquella ordenación del espacio de la tierra que había sido la base del tradicional Derecho de Gentes específicamente europeo y de la acotación de la guerra lograda por el mismo.

Los conceptos y formulaciones de los tratados de Derecho de Gentes son un reflejo de esta evolución desde 1890 a 1939. Hasta alrededor de 1890, predominaba el criterio de que el Derecho de Gentes era un Derecho de Gentes específicamente europeo. Este criterio era completamente natural en el continente europeo y en especial en Alemania. Desde luego, eran ideas universalistas de alcance mundial, como *humanidad, civilización* y *progreso*, las que determinaban los conceptos generales de la teoría y el vocabulario de los diplomáticos. Pero precisamente por esta razón, la imagen general continuó, por de pronto, centrada firmemente en Europa, pues bajo el término humanidad se entendía, en primer lugar, la humanidad europea, *civilización* sólo significaba, naturalmente, civilización *europea*, y progreso era la evolución en línea recta hacia esta civilización. El tratado alemán más importante de mediados del siglo XIX, *Europäisches Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen*, de AUGUST WILHELM HEFFTER (primera ed., 1844; 8ª ed. por F. H. Geffcken, 1888), es típico en este aspecto. El comentario de Robert Mohl acerca de esta obra fue aceptado generalmente en aquel entonces: "El tratado de Heffter es, desde el punto de vista jurídico, el mejor que existe sobre el Derecho de Gentes en cualquier idioma". También FRANZ VON HOLTZENDORFF tituló todavía *Europäisches Völkerrecht* su exposición publicada dentro de su Enciclopedia de 1885. Las grandes obras inglesas (Travers

Twiss, Phillimore, Summer Maine, Hall, Lorimer, Stephen) y las obras francesas de aquella época aún sostienen asimismo un concepto de civilización centrado de Europa y distinguen, de acuerdo con ello, entre pueblos civilizados, medio civilizados y salvajes. Sin embargo, estos autores permiten percibir mejor el problema que aguarda en el fondo y dan a sus obras, en general y sin especificación más detallada, según el antecedente de J. BENTHAM, el título de *International Law* o *Law of Nations*. Para ellos también era más natural, sobre todo, la mirada hacia los Estados americanos y el hemisferio occidental que para los profesores de Derecho de Gentes de Estados continentales, como los alemanes y los italianos.

La extensión hacia el ámbito americano se manifestó de formas distintas en la denominación general. El jurista norteamericano Kent desarrolló el tema del Derecho de Gentes en el marco de sus *Commentaries of American Law* (primera publicación 1836). El famoso WHEATON tituló sencillamente *Elements of International Law* su obra aparecida en 1836 y continuada en numerosas ediciones ulteriores. El título que utiliza WHARTON es *Digest of the International Law of United States*. El argentino CARLOS CALVO, en cambio, ya dio a su famosa obra en 1868 el título de *Derecho Internacional teórico y práctico de Europa y América*. Una obra impresionante del francés PRADIER FODÉRÉ aparece en 1885 con el título *Traité de droit international public européen et américain*.

Pero también en aquellos casos en los que el Derecho internacional europeo y el americano eran nombrados expresamente de manera simultánea, ello no era indicio, por de pronto, de un sentimiento profundo de la diferencia de la ordenación del espacio y de un auténtico problema espacial. Europa y América convergían en la concepción de una civilización europea uniforme. En la II y III Conferencia Panamericana (1901-2 y1906), las oposiciones que existían en la cuestión de la jurisdicción de arbitraje entre los Estados Unidos y los Estados latinoamericanos aún fueron resueltas mediante la remisión a la proyectada Conferencia de La Haya (1907). El famoso pacifista y precursor de la jurisdicción internacional de arbitraje, Alfred Fried, lo calificó de "remedio genial". En realidad, sólo se trataba de un desplazamiento puramente fáctico,y a breve plazo, del gran problema continental que se había estado anunciando durante un siglo. En la cuestión de la codificación de un Derecho internacional americano, el delegado de Haití defendió aún el punto

de vista, en la II Conferencia de 1906, de que no podía haber una codificación generalmente reconocida sin la cooperación de juristas europeos.En el año 1910 apareció finalmente una obra innovadora que se enfrentaba al Derecho Internacional universalista y exponía la particularidad de un Derecho internacional americano: *Le Droit international américain*, de ALEJANDRO ALVAREZ (París , 1910). Sin embargo, la tradición del pensamiento universalista era demasiado fuerte, y posteriormente,tras la primera guerra mundial, encontró nuevo apoyo por la Liga de Ginebra. Inmediatamente después de la aparición del libro de Alvarez, algunos autores expusieron frente a su teoría de un Derecho internacional específicamente americano, la tesis de que no podía haber un Derecho internacional distinto según los continentes, dado que las normas del Derecho internacional eran generales, y únicamente eran distintas las situaciones, pero no las normas. En un estudio sobre la *no-existencia de un Derecho internacional americano* aún se señala, en el año 1912, lo siguiente acerca de esta cuestión: "Hoy día, después de la II Conferencia de Paz de La Haya a la que acudieron Estados sudamericanos, ya no existe más que un solo Derecho internacional"[117].

La ampliación y extensión desde lo específicamente europeo hacia lo universal no sujeto al espacio se reflejaba en aquel entonces en el hecho de que las obras de los autores europeos de finales del siglo XIX ya no llevaban el título de Tratados de Derecho europeo de Gentes, sino simplemente de *Derecho internacional* o de *Derecho de Gentes*, lo cual se ha hecho habitual desde aquella época[118]. La gran diferencia entre *ius inter gentes* y *ius*

[117] SA VIANNA, *De la non-existence d'un Droit international américain*, Río de Janeiro, 1912, pág. 241. El autor subraya que no existe un Derecho internacional asiático y que, en consecuencia, tampoco se puede hablar de un Derecho internacional americano. Se enfrenta con Calvo, Amancio Alcorta (disertación sobre Derecho Internacional, Buenos Aires, 1905) y Alvarez y formula en la página 241 la siguiente pregunta: "Comment un Droit' International prétendant régir les rapports entre les nations, pourrait-il varier de Continent à Continent et d'Etat à Etat?" Se expresa con especial vehemencia en contra de la hegemonía de los Estados Unidos, reconocida por Alvarez, y destaca que la Doctrina Monroe sólo es un principio político y no una regla jurídica.

[118] Ejemplos: Bulmerincq, Gareis, H. Schulze, Ullmann, Heilborn, v. Liszt (Völkerrecht o Internationales Recht). La literatura italiana y la española hablaban en la mayoría de los casos de Diritto Internazionale o Derecho Internacional, los eslavos de Mezdunarodnoe prawo o bien Mezdunarodnog Prawa (Derecho entre naciones).

gentium que se oculta tras la distinción lingüística entre *droit des gens* y *droit international* ya no era tomada en consideración por los juristas y quedó desplazada por la acentuación del carácter puramente interestatal del Derecho de Gentes. La consecuencia de ello fue la de que los juristas ya no eran conscientes en absoluto del gran problema de una ordenación del espacio de la tierra. Mientras existía todavía un cierto recuerdo del mismo, se decía *Derecho de Gentes de los Estados civilizados*, conservando así la teoría de que el suelo europeo o el suelo equiparado al europeo posee un *status* jurídico-internacional distinto del suelo de pueblos no-civilizados o no-europeos. En tal caso, suelo colonial o de protectorado no es, según el Derecho de Gentes, lo mismo que territorio estatal. Las argumentaciones del jurista inglés John Westlake, por ejemplo, continúan sujetas invariablemente a esta tradición hasta el comienzo de la primera guerra mundial. Era típico del modo de pensar orientado aún por el concepto de civilización el título de la codificación de Johann Caspar Bluntschli que despertó gran atención: *Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt* (1ª ed. 1868). La obra sobre el Derecho de Gentes escrita por Fr. v. Martens en lengua rusa fue editada en 1883 por Bergbohm en idioma alemán con el título *Völkerrecht, das Internationale Recht der zivilisierten Staaten.* el italiano Contuzzo publicó incluso en 1880 un libro con el título *Il diritto delle genti dell'Umanità.*

El núcleo del nuevo problema era el de que surgieran, en lugar de un Derecho de Gentes general no sujeto al espacio, varios Derechos de Gentes distintos según los grandes espacios a los que se referían. Con ello se anunciaba al propio tiempo el gran problema de una nueva ordenación del espacio de la tierra desde Occidente, desde América. Sin embargo, este problema no parecía difícil al comienzo de esta fase de la evolución, o sea, alrededor de 1890. Según mencionado anteriormente, sólo se pensaba en una civilización europeo común, que no era problemática. Un *Derecho de Gentes africano* únicamente existía en el sentido de que el suelo africano sólo era, para las potencias europeas, objeto de una gran toma conjunta de la tierra (comp. pág. 224). De un *Derecho de Gentes asiático* no se hablaba en aquel entonces ni siquiera como posibilidad, aún cuando también aparecieran, a partir de los años 80 y 90 del siglo XIX, Estados

asiáticos en la comunidad del Derecho de Gentes. Pero mientras que en los Estados iberoamericanos surgió al menos la idea de un Derecho internacional especial para un amplio continente, que dio lugar a la publicación de la obra antes citada de Alejandro Alvarez, *Le droit international américain,* aquellos Estados asiáticos se incorporaron extrañamente, sin problemática consciente alguna, a un Derecho de Gentes que aparentemente estaba aún centrado por completo en Europa. A raíz de ello, sin embargo, éste se fue convirtiendo en un Derecho de Gentes universal sin diferenciaciones.

Es probable que este fenómeno extraño se explique, sobre todo psicológicamente, por la imagen del mundo que sostenían los diplomáticos y juristas europeos de la época. Cierto es que países no-europeos y no-cristianos, en primer lugar Turquía en 1856, fueron agregados, en un principio sólo bajo tratados de capitulación y otras reservas similares de evidente centralización europea, a la ordenación del antiguo Derecho europeo de Gentes. El ingreso de Japón, Siam y China en la Unión Postal Universal era considerado como un asunto no político, sino técnico-neutral. Así pues, el problema de la transformación de la ordenación del espacio permaneció, por de pronto, oculto a la conciencia europea. Más tarde, sin embargo el problema ya no parecía existir. El Japón había demostrado en 1894, en la guerra contra China, y en 1904, en la guerra victoriosa contra una gran potencia europea, Rusia, que se atenía a las reglas del derecho europeo de guerra, habiendo ganado con ello sus partidas de aceptación. Además, había participado en 1900 en la expedición para la represión del levantamiento de los boxers en igualdad de derechos con las grandes potencias europeas. De este modo, había surgido y había sido reconocida una gran potencia asiática. El ambiente de la primera Conferencia de Paz de La Haya de 1899 aún fue puramente europeo en comparación con la II Conferencia de La Haya del año 1907. Esta última ya puso en evidencia, por el número y el papel de los participantes americanos y asiáticos, que en menos de diez años se había dado un gran paso de un *Ius publicum europaeum* a un Derecho de Gentes que ya no era europeo en el sentido antiguo. Sumidos como en un delirio, los diplomáticos y juristas europeos creían celebrar aún victorias y triunfos de su Derecho europeo de Gentes, pero aquellos que debían llevarlos a hombros ya habían salido por la puerta.

La imagen del mundo en la ciencia del Derecho de Gentes de esta época de transición de 1880 a 1900 ha sido expuesta de la mejor manera en el *Lehrbuch des Völkerrechts*, de A. RIVIER. Este pequeño tratado apareció en el año 1889 dentro de la *Handbibliothek des Öffentlichen Rechts*, de KIRCHENHEIM, y está dedicado a la memoria de Franz von Holtzendorff[119]. Posee especial valor por la posición científica y los conocimientos histórico-literarios de Rivier —quien es autor de la "Revisión histórico-literaria de los sistemas y teorías del Derecho de Gentes desde Grocio", incluida en el Manual de Holtzerdorff— y por la elaboración del sistema. Pero sobre todo, representa para nosotros un documento por la forma en que expone la transición del Derecho de Gentes europeo a un Derecho de Gentes aparentemente universal. Esta transición penetraba entonces en la conciencia, aunque sólo por un momento. Por ello, el libro vierte una luz especialmente clara sobre el estado de conciencia de una época de transición que casi siempre es difícil de percibir. En ello reside para nosotros su valor como documento y como síntoma.

Rivier subraya expresamente el origen y carácter europeo del "Derecho de Gentes de los Estados civilizados", haciendo resaltar que la denominación de *Derecho de Gentes europeo*, "aún sigue siendo acertada por cuanto que Europa es realmente el continente de origen de nuestro Derecho de Gentes"[120]. "Sin embargo —continúa diciendo—, nuestra comunidad de pueblos no es una comunidad cerrada. Al igual que se ha abierto a Turquía, se abrirá también a otros Estados cuando éstos hayan alcanzado el nivel preciso de una civilización análoga a la nuestra. Por medio de tratados, que siempre aumentarán en frecuencia e importancia, los Estados asiáticos así como también los Estados africanos y polinesios serán agregados paulatinamente a una comunidad jurídica parcial".

[119] Segunda edición, 1899; los *Principes de Droit des Gens*, de RIVIER, aparecieron en 1896.

[120] La expresión "Europa como continente de origen" procede, al parecer, de la "Introducción al Derecho de Gentes" de Holtzendorff (en su manual de 1885, I, pág. 14); Westlake decía "nucleus". Son especialmente instructivas en cuanto al significado de la concepción de "humanité" las manifestaciones del jurista italiano Paternostro, el asesor del Ministerio japonés de Justicia, de Tokio: "El Derecho de Gentes no abarca solamente Europa, sino a toda la humanidad y toda la tierra", *Revue de Droit International*, XXIII (1891), pág. 67. En la primera edición del *Völkerrecht*, de v. Liszt (1898, pág. 3), se señala: "Entre la comunidad del Derecho de Gentes ya ha de contarse hoy día al Japón. Su cultura se halla, sin duda, sobre el nivel medio de la de los Estados europeos cristianos. En la guerra contra China ha observado más severamente las reglas del Derecho de Gentes que algunos de los Estados europeos".

Ahora bien, ¿cómo se imagina el jurista europeo del Derecho de Gentes, hacia 1890, la comunidad europea de pueblos que está abriéndose hacia todos los lados, y cómo introduce a los pueblos no-europeos y no-americanos en esta comunidad? Rivier da una respuesta extraordinariamente significativa a estos interrogantes en su "relación de los Estados soberanos que en la actualidad representan las verdaderas personas de la comunidad de pueblos". Son enumerados en primer lugar veinticinco Estados soberanos de Europa, seguidamente diecinueve de América, y a continuación los *Estados de Africa*, a saber: Estado independiente del Congo, Estado libre de Liberia, Estado libre de Orania, Sultanato de Marruecos y Sultanato de Zanzíbar.

Estos últimos son denominados *Estados*, pero es evitada la palabra *soberanos*. Además, se señala con frecuencia a Marruecos y Zanzíbar que "se sobreentiende que los dos últimos no pertenecen a la comunidad del Derecho de Gentes". Se impone la pregunta de por qué habrán sido incluidos en la relación. Sigue a los *Estados de Africa*, en el mismo plano, una relación referente a *Asia*. En este punto, respecto a Asia, se evita aplicar la palabra *Estados*. La relación bajo la rúbrica *En Asia* tiene el siguiente texto: "También se encuentran aún fuera de la sociedad de Estados, pero en muchos casos en relación contractual con varios miembros de la misma, los siguientes países: Persia, China, Japón, Corea y Siam. Los demás Estados asiáticos serán anexionados sucesivamente, con distintas denominaciones, por Inglaterra y Francia; Malasia pertenece a los Países Bajos, con excepción de una parte de Borneo (Borneo Británico, Saravak, Brunei)". Al final de la relación aparece *En Polinesia*: Hawai, Somoa. En otro lugar, se señala que Austro-Hungría tiene un solo ministro para China, Japón y Siam. Resulta así un cuadro general que representa tanto un síntoma como también un documento y que evidencia el momento del tránsito de un Derecho de Gentes europeo a un Derecho de Gentes que ya no es europeo.

Al rememorar estos datos de la historia del Derecho de Gentes de la época de alrededor de 1890, nos proponemos llamar la atención sobre un hecho importante: sin ningún sentido crí-

tico, e incluso sin presentimiento alguno, la teoría europea del Derecho de Gentes dejó de tener conciencia de la estructura espacial de su antigua ordenación, interpretando de la manera más ingenua un proceso de universalización, que se hacía cada vez más externo y superficial, como victoria del Derecho europeo de Gentes. El relevo de Europa del centro del Derecho de Gentes de la tierra fue considerado como una elevación de Europa a este centro. El *reconocimiento* de nuevos Estados por el Derecho de Gentes, que, en toda ordenación auténtica, constituye una incorporación o una aceptación, quedó rebajado a una mera *confirmación de la confianza de los demás Estados en la solidez y estabilidad de las nuevas circunstancias* (Rivier). Los juristas creían presenciar una recepción de los no-europeos muy halagadora para Europa y ni siquiera se daban cuenta de que quedaban disueltas todas las bases de una recepción, puesto que la antigua comunidad de casas ducales, Estados y naciones europeos —buena o mala, pero al menos realmente existente como ordenación concreta determinada, o sea, sobre todo como ordenación del espacio— estaba desapareciendo sin ser sustituida por otra. Lo que ocupaba su lugar no era un "sistema" de Estados, sino una mezcla confusa de relaciones fácticas sin sistema ni consideraciones espaciales, una mezcla desordenada, desvinculada en el aspecto espacial y espiritual, de más de cincuenta Estados heterogéneos y sus diversas posesiones, con una presunta igualdad de soberanía y derechos, es decir, un caos sin estructura alguna, que ya no era capaz de lograr una acotación común de la guerra, y para el que, finalmente, ya no podía ser válido ni siquiera el concepto de "civilización"como sustancia de una cierta homogeneidad.

En el curso de esta disolución, el reconocimiento de Estados y Gobiernos según el Derecho de Gentes también perdió necesariamente el último resto de valor material y toda referencia a una homogeneidad entre el Estado que efectuaba el reconocimiento y el Estado que era reconocido. La distinción, fundamental para el antiguo Derecho europeo de Gentes, entre pueblos civilizados, medio civilizados (bárbaros) y salvajes dejó de ser significativa *en el aspecto jurídico*, lo mismo que el hecho de vinculaciones espaciales continentales y la distinción entre el *status* del suelo de la metrópoli europea y el de la colonia ultramarina. El suelo colonial se convirtió en *territorio estatal* como el suelo de naciones europeas. Los precedentes del Derecho de Gentes eran utilizados sin determinación alguna de las circunstancias relativas al espacio, y lo que había sucedido en Europa entre Suecia y Noruega había de servir sin más precedentes para las relaciones entre el Japón y Méjico. El nuevo problema global no era considerado en absoluto por los juristas de esta época, mientras que en Alemania los representantes científicos de la economía nacional ya discutían abiertamente, alrededor de 1900, la cuestión de *¿Universalismo o pluralismo de la economía mundial?*[121]. En el aspecto jurídico, ya no parecía existir más que una sola comunidad de Derecho de Gentes sin distinción alguna, una *communauté internationale*, con algún suelo no-estatal, no ocupado aún efectivamente, en el Artico y algunas tribus beduinas no sometidas a ningún Estado.

A la concepción de un universalismo global, no-espacial, de aquella época correspondía, en efecto, una realidad en el ámbito de la *economía*, que era distinguida del Estado, o sea, un comercio mundial y un mercado mundial libres, con libertad de disposición del oro, del capital y del trabajo. Desde el Tratado de Cobden de 1860, la idea de una economía liberal y una globalidad comercial era natural para el pensamiento europeo y habitual para el modo general de pensar. Ya hemos visto anteriormente que las deliberaciones y los resultados de la Conferencia del Congo de 1885 estuvieron dominados por la fe

[121] En la controversia sobre el desarrollo industrial y agrario de los Estados, Gustav von Schmoller declaró entonces que los imperios mundiales de aquella época (el Imperio británico, los Estados Unidos deAmérica y Rusia) mostraban la tendencia a convertirse en tres imperios mundiales autárquicos; comp. *Die Theorie von den drei Weltreichen* en su "Jahrbuch", 1900 (pág. 373 y sig.) Dietzel, en cambio, diagnosticaba un "neo-smithianismo". En la controversia participaron asimismo Adolf Wagner, Sering y otros; comp. el comentario de Erwin von Beckerath en su conferencia de Bonn sobre el tema "Heinrich Dietzel als Nationalökonom und Soziologe", Bonn, 1944, pág. 26, nota 2. Werner Sombart ya había descubierto al comienzo, del siglo la "ley de la importancia decreciente del comercio exterior" (en su ensayo *Entwickeln wir uns zum Exportindustriestaat?*, "Soziales Praxis", 1898-99, pág. 633); sobre este tema véase el trabajo de MAX VICTOR *Das sogenannte Gesetz der abnehmenden Aussenhandelsbedeutung*, "Weltwirtschaftliches Archiv", 36 (1932), pág. 59 y sig. Sobre M. Hauriou: pág. 307, nota, del capítulo siguiente. El término "gran espacio" no surgió hasta después de la primera guerra mundial, siendo circunscrito anteriormente por medio de conceptos como "zonas mundiales", "bloques continentales", "esferas de influencia", "esfera de intereses" y otras formas diferentes.

en la libertad de la economía en el mundo. Los numerosos obstáculos y limitaciones de la economía liberal que ya se manifestaban en aquel entonces, como sistemas de aduana protectora y proteccionismo de toda clase, eran considerados como meras excepciones que no ponían en duda el progreso permanente y su resultado final. La posición predominante de Inglaterra y el interés de este país por el comercio mundial libre y el tráfico marítimo libre representaban una sólida garantía para una imagen semejante del mundo. La cláusula de nación más favorecida en tratados consulares, comerciales y de establecimiento parecía ser un vehículo excelente de esta evolución económica hacia un mercado unificado. En breves palabras: por encima, por debajo y al lado de los límites político-estatales de un Derecho de Gentes político de apariencia puramente interestatal se extendía, penetrando todo, el área de una economía libre, o sea, no-estatal, que era una economía *mundial*. La idea de una economía mundial libre no sólo llevaba inherente la superación de las fronteras político-estatales, sino también implicaba, como supuesto esencial, un standard para la constitución estatal interna de cada uno de los miembros de este ordenamiento jurídico-internacional; presuponía, pues, que cada miembro introdujera en su Estado un mínimo e orden *constitucional*. Este mínimo consistía en la libertad, es decir, en la separación entre una esfera estatal pública y el ámbito de lo privado, y sobre todo en la no-estatalidad de la propiedad, el comercio y la economía.

Hemos de volver a recordar, en este lugar, que un ordenamiento jurídico-internacional concreto consiste casi siempre en una vinculación e interconexión de varios ordenamientos distintos. Así, el Derecho de Gentes de la Edad Media cristiana consistía en una vinculación e interconexión del Derecho eclesiástico y del Derecho feudal. En el ordenamiento europeo de los siglos XVII y XVIII, un Derecho interfamiliar dinástico estaba vinculado con un Derecho interestatal. En cambio, el Derecho interestatal del siglo XIX consistía en la vinculación entre la economía libre y el mar libre, por una parte, y la soberanía interestatal, por otra. Al dualismo entre Derecho público y Derecho privado correspondía el dualismo de un Derecho de Gentes puramente interestatal y una economía libre a nivel internacional. La comunidad de un libre comercio internacional se hallaba en un segundo plano tras los Estados soberanos

territorialmente delimitados entre sí. Ello representaba no una línea territorial, pero sí una línea que delimitaba las esferas de las actividades humanas. Era una línea de la economía libre que estaba asegurada por el constitucionalismo liberal como standard constitucional y que transcurría a través de los Estado. Esta línea puede ser considerada como un tipo moderno de *amity line*.

Ahora bien, precisamente en esta época comenzó a predominar y hacerse habitual, en la forma de exposición jurídica, una estricta separación entre lo interior y lo exterior, entre Derecho de Gentes, o sea interestatal, y Derecho territorial, o sea intraestatal. El libro de HEINRICH TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, que apareció en el año 1899, analiza minuciosamente este dualismo de los círculos jurídicos y las fuentes jurídicas. La estricta separación entre lo interior y lo exterior respondía al pensamiento, orientado por el Estado, de una burocracia esencialmente estatal, cuyo modo de pensar dominaba el Derecho público, mientras que el comerciante libre consideraba al mundo entero como su campo. Pero en el libro de Triepel no se habla del hecho de que, detrás de la separación entre lo interior y lo exterior, tan plausible para el funcionario estatal, existía una fuerte unidad universal: la comunidad del standard de una constitución liberal. Había caído totalmente en olvido la noción científico-jurídica de que en realidad se trataba de dos ordenaciones de Derecho de Gentes, a pesar de que Lorenz von Stein aún distinguía claramente entre ambas, es decir, entre un verdadero Derecho de Gentes de una ordenación vigente entre Estados cerrados sobre sí y separados entre sí, y un Derecho *internacional*, o sea, una ordenación universal del mercado, de la economía y del derecho de extranjeros, cuyo *campo* era presumiblemente el *mundo* entero.

Así pues, la ciencia del llamado Derecho privado internacional trató de separarse por completo, desde mediados del siglo XIX, de los conceptos del Derecho de Gentes. Parecía emprender su propio camino disociándose del Derecho de Gentes como especialidad jurídica aislada. Pero, en realidad, no hizo otra cosa que intentar convertirse en ciencia positivista y situarse sobre una base legal puramente nacional, o sea, referida al Estado individual. No nos proponemos analizar en este lugar los numerosos puntos de disputa de este conjunto de problemas. Pero todas las evoluciones conceptuales que son características de

esta fase muestran el mismo resultado: el positivismo legal referido al Estado, que dominaba a los juristas de aquella época, ya no era capaz de proveer los instrumentos conceptuales con los que hubiera sido posible transformar en instituciones convincentes la realidad de una mezcla semejante de soberanía estatal individual y economía libre supraestatal. La reserva del *orden público* que todo Estado soberano mantenía frente al Derecho privado internacional se extendía ahora de la misma manera destructiva que las reservas en el llamado Derecho contractual internacional público.

De este modo quedó invertida la relación razonable entre norma y excepción. El problema de la llamada calificación de los conceptos, en especial de conceptos como propiedad y matrimonio, reveló el hecho de que, junto con la ordenación común, también eran puestos en duda los conceptos comunes. SAVIGNY, el eminente fundador de la disciplina jurídica moderna del llamado Derecho privado internacional, aún había basado este derecho, en su *System des heutigen römischen Rechst* (tomo VIII, 1849), sobre una comunidad europea incuestionable.

Las transformaciones profundas que tuvieron lugar en la segunda mitad del siglo XIX se reflejan en el hecho de que, en el curso de unos pocos decenios, el principio de domicilio, que aún era natural para Savigny, fue desplazado por el principio de nacionalidad y de ciudadanía, defendido en primer lugar por italianos. Este es un cambio en el que se evidencian la rápida transición hacia la liberalidad y una nueva relación con el suelo. Un eminente jurista inglés, John Westlake, expresó algo extraordinariamente acertado cuando señalo, con respecto a esta transición del principio de domicilio al de nacionalidad, que con ello se había producido la mayor transformación en la historia del Derecho desde el siglo XIII. El movimiento general hacia la *libertad*, una suspensión de asentamientos tradicionales, y en este sentido una movilización total e intensiva, un desasentamiento general, desquiciaron al mundo centrado en Europa y lo empujaron hacia otras corrientes motrices ante las que, en el aspecto intraestatal, se mostró completamente ineficiente el positivismo legal referido al Estado. En el aspecto exterior, el positivismo de los tratados internacionales carecía de toda noción histórica de su propia situación. Así se explica que sólo fuera considerado como problema central y discutido del modo más minucioso el dualismo entre Derecho de Gentes y Derecho territorial, es decir, el dualismo entre lo externo y lo interno, mientras que no se prestaba atención al dualismo entre Derecho político interestatal y Derecho económico internacional. Precisamente en este ámbito, en la economía, es donde la antigua ordenación del espacio de la tierra perdió evidentemente su estructura. ¿Qué significaba en realidad el que entre la familia o en la casa de los Estados o naciones europeos tomaran asiento Estados y naciones no-europeas de todas partes?

El hecho de que una familia o comunidad de naciones y Estados europeos abriera su casa de tal modo al mundo entero no era, en realidad, una extensión y ampliación meramente cuantitativa, sino un desplazamiento a un nuevo plano. Por de pronto, sin embargo, era una caída hacia la nada de una universalidad no sujeta ni al espacio ni al suelo. El lugar de la ordenación extraordinariamente concreta del antiguo Derecho público europeo no fue ocupado ni por la más remota sombra de una nueva ordenación concreta del espacio de acuerdo con el Derecho de Gentes. La declaración de la Doctrina Monroe ya había protegido, en el año 1823, el área del hemisferio occidental contra ulteriores tomas europeas de la tierra. El sistema de equilibrio europeo, que fue expresión de la ordenación de los siglos XVIII y XIX, no podía ser transferido simplemente a un equilibrio mundial del globo terrestre. En un momento determinado, sin embargo, *Inglaterra* había anunciado su pretensión de convertirse de manipuladora del antiguo equilibrio europeo en portadora de un nuevo *equilibrio mundial global* entre los grandes espacios. El Premier inglés Canning había declarado el día 12 de diciembre de 1826, en la cámara de los Comunes, lo siguiente acerca de un nuevo equilibrio: "¡Yo miro en otras direcciones! Busco los medios de compensación en otro hemisferio... Hice surgir el nuevo Mundo a fin de establecer el equilibrio del antiguo". En su discurso, Canning se había dirigido contra toda *Confederacy* (la Alianza sagrada) y contra toda *Resolution* (el mensaje de Monroe), así como contra toda *Combination* (Memorias de Bolívar, 1819 a 1826)[122]. Sin embargo, esta idea de un

[122] Sobre este tema véase ADOLF REIN En su artículo que también es de importancia para el Derecho de Gentes: *Uber die Bedeutung der übersesichen Ausdehnung für das europäische Staatensystem*, "Historische Zeitschrift", 137 (1928), pág. 79. Sobre la toma de posición de Hautefeuille acerca del problema del equilibrio mundial, véase texto anterior, pág. 204.

equilibrio mundial no pudo ser llevada a la realidad desde la isla de Inglaterra. Este país se convirtió en potencia tradicional para determinadas zonas del Mediterráneo y para el camino a las Indias, ejerciendo en este sentido el papel de un *Kat-echon*. En cambio, para el gran despliegue global de fuerzas parecía ser demasiado débil la pequeña isla europea. No obstante, aún se mostró lo suficientemente fuerte para impedir otro equilibrio que entraba en consideración, el de las potencias marítimas, y para dominar por sí misma los inmensos espacios de los océanos mundiales. El concierto de las grandes potencias europeas dejó de existir desde el año 1908, siendo sustituido y continuado, en apariencia, durante algún tiempo por un concierto de las potencias mundiales imperialistas, de las primeras potencias aliadas y asociadas, las *puisssances principales* del intento de ordenación del espacio realizado en Versalles.

Aquello que ahora era tratado, en la discusión científico-jurídica, como *Derecho de Gentes*, o más exactamente *International Law*, ya no era una ordenación concreta del espacio. Aparte de algunas materias técnicas especiales, no era más que una serie de generalizaciones de precedentes dudosos —que en su mayoría se basaban en situaciones completamente olvidadas o completamente heterogéneas— combinadas con normas más o menos reconocidas en general, que eran "reconocidas" tanto más impulsivamente cuanto más discutible era su aplicación en el caso concreto en cuestión. Estas normas generalmente reconocidas existían por encima de una red impenetrable de convenios contractuales con reservas fundamentales de índole muy variada. Mientras que los acuerdos de la primera Conferencia de La Haya de 1899 aún fueron firmados con escasas reservas, en el momento de la firma de los acuerdos de la II Conferencia de La Haya de 1907 ya aparecía invertida la proporción entre acuerdos y reservas. Las reservas convertían los más bellos convenios en mera fachada. La frase "pacta sunt servanda" ondeaba como bandera jurídica por encima de una inflación completamente nihilista de numerosos pactos contradictorios entre sí y totalmente desvirtuados por reservas abiertas o tácitas. No faltaban problemas cuya contestación sincera hubiera podido llegar a ser un punto de partida para la formación de conceptos concretos, como por ejemplo la diferenciación entre Derecho de Gentes universal y particular, o la elaboración de un sentido político

concreto del concepto de guerra continental, referido al Estado, frente al concepto de guerra anglosajón referido al mar no-estatal, o bien un análisis de problemas del espacio como los que se derivaban de la Doctrina Monroe, la línea del hemisferio occidental y la nueva relación entre la política y la economía. Pero en aquella época, los juristas del Derecho de Gentes, calificaban de no-jurídica la discusión objetiva de tales problemas e incluso llegaron a definir como *positivismo* su propia renuncia. Todos los problemas auténticos, cuestiones políticas, económicas y de distribución del espacio, eran mantenidos, como *no-jurídicos*, fuera del ámbito, es decir, alejados de su propia conciencia científica.

¡Silete theologi in munere alieno! Esto es lo que había dicho el jurista humanista, a fines del siglo XVI, a los teólogos de su época a fin de crear una ciencia jurídica independiente del *Ius gentium*. Trescientos años más tarde, al final del siglo XIX, la propia ciencia jurídica se impuso, a través de aquello que consideraba como positivismo jurídico, el silencio en relación con todas las grandes cuestiones jurídicas de la época. *Sileamus in munere alieno.* A raíz de esta renuncia del Derecho de Gentes, Europa se vio empujada hacia una guerra mundial que dejaría destronado al viejo continente como centro de la tierra y eliminaría la acotación de la guerra que hasta entonces se había logrado.

3. La Liga de Ginebra y el problema de la ordenación de espacio de la tierra

Las Conferencias de Paz de París del invierno de 1918-19 fueron convocadas para dar término a una guerra mundial y establecer una paz en el mundo. Contrario a las Conferencias de Paz del Derecho de Gentes europeo —1648, 1713, 1814-15, 1856, 1878 y 1885—, no eran conferencias europeas. Participaron en ellas Estados de todos los continente del mundo, y las potencias dominantes, o sea, las primeras potencias aliadas y asociadas —Gran Bretaña, Francia, Italia, Japón y los Estados Unidos de América—, ya no estaban ligadas, como lo habían estado las grandes potencias del Derecho europeo de Gentes, por una ordenación común del espacio. La potencia principal asociada, los Estados Unidos de América, persistía en la reserva de la

Doctrina Monroe, es decir, en una ordenación del espacio determinada desde la línea global del hemisferio occidental. La potencia principal aliada, Japón, ya había anunciado sus "intereses especiales" respecto al Asia Oriental. La gran potencia europeo-asiática, la Unión Soviética, se encontraba totalmente ausente.

De los espacios no-europeos de la tierra no se habló en las Conferencias de París de 1918-19 más que en alguna ocasión. La ordenación extraeuropea permaneció, de manera tácita, fuera de la paz. La libertad de los mares, es decir, la ordenación del espacio del globo fuera de la tierra firme, tampoco fue tratada como problema, sino como un supuesto inalterable, o sea, como si la ordenación del espacio de la tierra no hubiera cambiado ningún aspecto esencial desde la Paz de Utrecht (1713) y el Congreso de Viena (1814-15).

Por el contrario, lo enemigos vencidos, cuyo suelo era convertido en objeto principal de una nueva distribución de territorios, eran dos grandes potencias antiguas puramente europeas, e incluso centroeuropeas, y portadoras del Derecho de Gentes europeo: Alemania y Austro-Hungría. Por lo tanto, las negociaciones de paz de París no deben ser calificadas de conferencia europea en cuanto a sus portadores y sujetos, sino únicamente en cuanto a su objeto y tema. Fueron trazadas nuevas fronteras en suelo centroeuropeo y europeo-oriental, la posesión colonial del Imperio alemán quedó colocada bajo mandato, y fueron designados nuevos soberanos para importantes posesiones asiáticas de Turquía. Esta Conferencia mundial no creó, pues, en modo alguno una ordenación mundial, sino dejó al mundo en el mismo desorden, eliminando únicamente dos grandes potencias europeas, dos pilares de la antigua ordenación del espacio, y efectuando una nueva distribución del suelo europeo. Mientras que, en los siglos anteriores, fueron conferencias europeas las que determinaron la ordenación del espacio de la tierra, en las Conferencias de Paz de París del invierno de 1918-19 se produjo por primera vez el caso contrario: fue el mundo entero el que decidió acerca de la ordenación del espacio de Europa. Ello significaba un intento de crear en Europa una nueva ordenación desde un mundo totalmente desordenado. La nueva distribución del suelo, que era impuesta al continente europeo por una Conferencia Mundial, había de ser asegurada por una Sociedad de Naciones, una *League of Nations*.

La Liga tenía su sede en Ginebra, un emplazamiento que probablemente fuera conseguido por el presidente norteamericano W. Wilson. Esta elección tenía un cierto valor simbólico e implicaba así un asentamiento espiritual cuyas consecuencias prácticas comentaremos más adelante[123]. Formaban parte de la Liga Estados de todos los continentes de la tierra, entre ellos dieciocho Estados americanos que representaban una tercera parte de todos los miembros. No se trataba de una estructura federalista en el sentido de una auténtica federación o de una confederación de Estados. Sólo fueron acordadas, bajo la denominación de *Société* o *League* de naciones, algunas relaciones interestatales libres, formuladas con prudencia y sujetas a numerosas reservas, que deberían existir entre los Gobiernos de medio centenar de Estados heterogéneos repartidos por el mundo entero. Una Liga semejante era, pues, en primer lugar un sistema que consistía en conferencias interestatales, en las que se reunirían provistos de instrucciones los representantes diplomáticos de Gobiernos europeos y no-europeos bajo denominaciones como *Assemblée Générale* y *Conseil*. Este sistema de conferencia ocasionales estaba combinado con varias oficinas administrativas internacionales y una secretaría.

La importancia política de una combinación semejante residía en un cierto control y dirección que ejercían dos grandes potencias europeas dominantes, Inglaterra y Francia, sobre los Estados medianos y pequeños de Europa. A ello se añadía, entre las propias potencias dominantes, la posibilidad de una acción conjunta que, en el caso más favorable, equivalía a una alianza. Hemos destacado con frecuencia que el sentido de todo Derecho

[123] "En la sesión de la Comisión de la Sociedad de Naciones del día 11 de abril de 1919 fue elegida, por mayoría de 12 de los 18 votos emitidos, Ginebra como sede de la Liga, la ciudad de Calvino, Rousseau y la Cruz Roja Internacional, cuyo destino espiritual había estado tan estrechamente ligado en el pasado con el mundo de las democracias anglosajonas. El deseo de Bélgica de que se concediera a su capital, Bruselas, la prerrogativa de ser sede de la Sociedad de Naciones se vio frustrado a causa del interés de Wilson de que la nueva institución estatal fuera establecida en un ambiente 'menos afectado por los recuerdos de la guerra"· (PAUL GUGGENHEIM, *Der Völderbund. Von seiner politischen und rechtlichen Wirklichkeit*, Leipzig, 1932, pág. 21). Pero de nuestras exposiciones anteriores se desprende que Bruselas tampoco hubiera representado un asentamiento espiritual inadecuado (texto anterior, pág. 231).

de Gentes no era la abolición, sino la limitación y acotación de la guerra, es decir, la prevención de la guerra de destrucción. La Liga de Ginebra era totalmente inútil en este aspecto. La guerra estatal no-discriminatoria del antiguo Derecho europeo de Gentes era puesta en duda por el concepto de sanciones, pero en modo alguno suprimida o abiertamente eliminada. En consecuencia, la Liga fracasó no sólo ante el problema del desarme, de importancia primordial, sino también frente a la misión de una acotación de la guerra en general. El primero y único gran caso de prueba, la aplicación de las sanciones económicas en 1935-36, no estuvo dirigido, como había esperado Francia en un principio, contra Alemania, sino contra Italia. En el caso de estas sanciones contra Italia, no quedó resuelta ninguna de las cuestiones del derecho de guerra; las sanciones mismas tuvieron como punto final el que el Estado atacado, Etiopía, un miembro de la Liga, fuera debelado, subyugado y anexionado por el agresor, que también era miembro de la Liga. Por resolución de la Asamblea de la Liga del 4 de julio de 1936, quedaron suspendidas las sanciones. Varios miembros de la Liga reconocieron formalmente la anexión. El Gobierno inglés se comprometió, por medio de un tratado con Italia de fecha 16 de abril de 1938, no sólo a reconocer la anexión, sino también a ejercer su influencia, en la reunión siguiente del Consejo, a fin de que quedaran eliminados los escrúpulos que aún impedían a otros miembros de la Liga efectuar el reconocimiento. La reunión del Consejo tuvo lugar el día 12 de mayo de 1938. El Ministro inglés del Exterior, Lord Halifax, explicó que cada miembro había de decidir por sí 'mismo, según su propia situación, si reconocía la anexión o no. Subrayó que el interés por la tranquilidad y la paz era más importante que la conservación del principio abstracto del no-reconocimiento de anexiones efectuadas por la fuerza. Únicamente manifestaron su oposición los Estados-miembros muy lejanos como China, Bolivia, la Unión Soviética y Nueva Zelanda, mientras que la mayoría aprobó el criterio inglés. El Consejo no tomó una resolución formal, pero el presidente hizo constar que la gran mayoría de los miembros del Consejo se había pronunciado a favor de que cada uno de los miembros de la Liga tomara su propia decisión en cuanto al reconocimiento de la anexión. Sin embargo, Etiopía no fue eliminada de la relación de miembros de la Liga. La verdadera decisión fue provocada por

la segunda guerra mundial, y no fue tomada en el marco de la Liga de Ginebra, que entre tanto había dejado de existir.

¡Una Liga extraña! Es posible que en el caso de Etiopía aún se hiciera sentir la influencia de la diferenciación del antiguo Derecho de Gentes europeo, que consideraba la guerra en suelo no-europeo como fuera del margen de su ordenación y Africa como suelo colonial. En todo caso, los múltiples inconvenientes internos de una organización tan contradictoria tenían su raíz en el desorden jurídico-internacional, que es inevitable cuando no está clara la estructura de una ordenación del espacio y es destruido el concepto de guerra. En lugar de acotar la guerra, se había establecido una serie de compromisos a base de fórmulas intencionalmente imprecisas y normas estilizadas con prudencia, que luego eran sometidas a una interpretación que pretendía ser puramente jurídica. Mientras que la Respublica Christiana de la Edad Media europea comprendía una verdadera ordenación del espacio, la Liga de Ginebra de los años 1919 a 1939 representaba un auténtico ejemplo de que no puede ser creada una amplia ordenación de Derecho de Gentes sin la concepción clara de un nomos espacial. Ningún sistema de normas, aunque sea proyectado e interpretado de la manera más minuciosa, puede compensar este defecto. los fracasos de las instituciones y métodos de Ginebra no tienen su verdadera explicación en la ineficacia de los juristas, los cuales dominaban muy activamente el primer plano normativista y habían provocado un florecimiento ficticio de la ciencia del Derecho de Gentes. Pero los juristas, dado su criterio de lo que ellos llamaban positivismo, no podían ser, en general, más que órganos auxiliares secundarios, y el famoso slogan de que "a los juristas sólo se les pide aquellos dictámenes que confirman el criterio del mandante político" no era nada extraño en este caso. El verdadero origen del fracaso de la Liga de Ginebra radica en el hecho de que ésta carecía de toda decisión para ordenar el espacio e incluso de la idea en sí de una ordenación espacial. El caso es que la organización de Ginebra quería ser, al propio tiempo, una ordenación europea y una ordenación universal global. Era específicamente europea por cuanto que fueron los vencidos de la primera guerra mundial, dos grandes potencias europeas e incluso centroeuropeas, en cuyo perjuicio fue efectuada la nueva distribución de territorio. Y era específicamente universal y

global según la idea de su creador e inaugurador, el presidente norteamericano Wilson, y —de un modo esencialmente distinto— según los intereses marítimos globales de un miembro predominante en el plano mundial: el imperio marítimo inglés con sus dominios. Como consecuencia de este universalismo absolutamente plurilateral quedaría sin resolver la cuestión más importante, y la única decisiva, del actual Derecho de Gentes.

La evolución planetaria ya había conducido hacía tiempo a un evidente dilema entre universo y "plurisverso", entre monopolio y "poli-polio", es decir, al planteamiento de la cuestión de si el planeta está maduro para el monopolio global de una sola potencia, o si es un pluralismo de grandes espacios coexistentes y ordenados en sí, de esferas de intervención y de círculos culturales el que determina el nuevo Derecho de Gentes de la tierra. Los expertos de la economía política ya habían discutido esta cuestión desde principios de siglo (véase pág. 245). Entre los juristas eminentes fue Maurice Hauriou quien ya se expresó en el año 1910, con toda la precisión de su pensamiento y toda la sabiduría de su naturaleza, a favor de la idea de un gran espacio unido bajo un sistema federalista[124]. Pero en Ginebra, la opinión pública estaba dominada por la pretensión ideológica de un universalismo no-crítico. Ello fue lo que determinó la estructura con la que inició su existencia en la Liga de Ginebra y por cuya causa fracasó. El problema espacial de Europa se imponía desde todos los lados: en el terreno político bajo la impresión de la balcanización de Europa; en el económico como problema de deudas de guerra, de reparaciones, de aduanas protectoras y del sistema monetario, y en el filosófico, como el interrogante del pluralismo. Pero las potencias que influían en la atmósfera de Ginebra permitían a lo sumo una discusión prudentemente dirigida en lugar de una disputa seria de ideas. El universalismo continuó siendo el dogma y la confesión de Ginebra. En los años 1929-30, sin embargo, se llegó a discutir el proyecto de una Unión Europea propuesta por Briand. Pero en esta ocasión se procuró con recelo que la discusión se desarrollara en el marco de las Conferencias de Ginebra, y fueron delegados de Paraguay y Uruguay así como un maharajá de la India los que instruyeron a Europa sobre la unidad de la tierra. Precisamente esta toma de posición de Estados no-europeos reveló que el marco exterior de la Liga de Ginebra y su insistencia en ideas universalistas llevaba inherente una limitación interna del tratamiento de esta cuestión[125].

En vista de esta falta de decisión en el problema fundamental de la ordenación del espacio, la Liga de Ginebra no pudo desarrollar ni siquiera un principio uniforme lógico del *status quo* territorial. Hablando en lenguaje jurídico: ni siquiera partió de un claro *interdictum uti possidetis,* no incluyendo en el fondo, pues, ni siquiera una garantía provisional de la posesión. Ha de formar parte de todo derecho, de toda unidad de ordenación y asentamiento, una determinada idea de garantías de la posesión, de *status quo* y *uti possidetis.* La institución de Ginebra también garantizaba, al parecer, a cada uno de sus miembros la integridad territorial, una garantía que quedó expresada en el artículo 10 del Pacto fundamental de la Liga. Sin embargo, la legitimidad de este *status quo* territorial se veía obstaculizada por otros principios muy eficaces, aunque no formalmente reconocidos, como el derecho de libre autodeterminación de los pueblos, que ponía fundamentalmente en duda el carácter unívoco, no problemático, del *status quo.* Aparte de ello, estaba previsto en el artículo 19 del Pacto un procedimiento de investigación de situaciones internacionales que significaran una amenaza a la paz, aunque desde luego en una formulación prudente y llena de reservas que no revelaba ningún principio concreto de distribución. Pero la verdadera dificultad se hallaba en un plano más profundo y estaba relacionada con la cuestión de lo que en realidad significaba aquí el *status quo.*

La Liga de Ginebra no podía representar una ordenación

[124] Hauriou demuestra que instituciones políticas sólo se convierten en "Estado" cuando integran un mercado y que, con la ampliación del mercado, se produce la evolución del Estado-ciudad hacia un Estado territorial nacional. El interrogante acerca de la evolución ulterior en la que nos encontramos lo contesta de la siguiente manera: "L'idèal du commerce serait qu'il n'y eût qu'une seule institution politique et un seul marché; alors toutesles barrières artificielles seraient supprimées, tout serait simplifié, parce que tout serait unifié. A défaut de l'Etat universel qui est une chimère, l'Etat fédéral est dèjá une réalisation satisfaisante, parce qu'à l'intérieur de ses frontières, dans un espace généralement vaste, le commerce s'ébat en liberté". Esto es lo que señala HAURIOU, haciendo referencia a COLSON (*Cours d'économie politique*), en sus *Principes de Droit Public,* París, 1910; segunda edición, 1916.

[125] Sobre todo *Actes de l'Assemblée* (tomo complementario del "Journal Officiel"), 1930, Séances Plénières.

universal del mundo ya por la sola razón de encontrarse ausentes las dos potencias territoriales modernas, la Unión Soviética y los Estados Unidos de América. En cuanto al espacio abarcado formalmente por la Liga, en cambio, la primera contradicción fundamental consistía en que las dos potencias europeas dominantes de este nuevo sistema, Inglaterra y Francia, se imaginaban algo absolutamente distinto bajo el término *status quo* de Europa y de la tierra. Sus concepciones del *status quo* no coincidían de modo alguno, e incluso se contradecían y se excluían mutuamente, y ello de forma tan radical que en realidad no estaban garantizadas ni siquiera la situación meramente fáctica del año 1919 y las nuevas fronteras estatales de Europa. En consecuencia, el Pacto de Ginebra no comprendía una garantía auténtica ni tampoco provisional de la posesión. El *status quo* que tenía presente el interés de *Inglaterra* se refería a un imperio mundial extendido por todo el globo terrestre, cuyo supuesto era el dominio de los océanos mundiales y una libertad de los mares interpretada a la manera inglesa, y que trataba de asegurar el *status quo* de la tierra sobre todo bajo el punto de vista de las vías marítimas importantes para un imperio mundial marítimo semejante. Esta concepción del *status quo* de la tierra, de alcance mundial y referida al mar, dejaba un amplio margen para las fronteras estatales y el estado de las posesiones en el continente europeo. Podía ser, pues, muy elástica con respecto a cuestiones territoriales europeas y tolerar con benevolencia amplias tendencias de revisión de índole territorial. En aguda oposición a ello, el concepto de *status quo* de *Francia* estaba orientado precisamente hacia la fijación de la distribución continental europea de territorios y hacia las fronteras territoriales del año 1919[126]. Su horizonte era limitado en comparación con la amplitud mundial de la concepción de la otra potencia dominante que era esencialmente marítima. No era elástico este concepto frente a las tendencias de revisión territorial que existían en Europa. Pero también era fundamentalmente distinto en su estructura espacial. La lógica jurídica de la legalidad de este concepto francés del *status quo*,

[126] Ello ya era evidente con toda claridad en el año 1925; comp. mi artículo del año 1925 *Der status quo und der Friede*, en la revista "Hochland", octubre 1925, reproducido textualmente en "Positionen und Begriffe", Hamburgo, 1940, pág. 35 y sig.).

típicamente terrestre y europeo-continental, significaba algo totalmente distinto y opuesto a los criterios y conclusiones prácticas que tenían que parecer absolutamente legítimos a la concepción mundial marítima inglesa del *status quo*.

A tal ambigüedad e incompatibilidad de los conceptos fundamentales del espacio correspondía a la ambigüedad igualmente pronunciada del concepto de guerra que sostenía esta extraña Liga. Por un lado, se conservaba la idea de la guerra militar interestatal del antiguo Derecho europeo de Gentes; por otro, trataba de introducir, mediante presiones económicas y financieras, nuevos medios coercitivos y sanciones, cuya consecuencia fue la eliminación de la guerra no-discriminatoria del Derecho interestatal de Gentes, y con ello la destrucción de la base del antiguo derecho de neutralidad.

En este lugar han de recordarse de nuevo dos verdades: 1) que el Derecho de Gentes tiene la misión de impedir la guerra de aniquilamiento, o sea, de acotar la guerra cuando sea inevitable; 2) que una abolición de la guerra sin una acotación auténtica sólo tiene como consecuencia nuevas formas probablemente más graves de guerra, reincidencias en la guerra civil y otras formas de la guerra de destrucción. Sin embargo, en Ginebra se hablaba mucho de condena y eliminación de la guerra, pero jamás de una acotación espacial de la misma. La destrucción de la neutralidad condujo, por el contrario, al vacío de una guerra mundial global y a la sustitución de aquello que era denominado *paz* por las reclamaciones de intervención, ajenas a espacio y estructura, de las ideologías. Los intentos de lograr un pacto eficaz de asistencia mutua general no obtuvieron resultado alguno, y aún en el caso de que tal pacto de asistencia hubiera sido concertado formalmente y ratificado por todos los Estados miembros, no hubiera podido compensar la falta fundamental de una ordenación concreta del espacio y de un concepto claro de la guerra. De la misma manera fracasó el intento a gran escala de convertir la agresión en un crimen internacional. En otra relación, ya hemos señalado el origen espiritual de esta idea (véase, pág. 94 y sig., capítulo II, 2, acerca de Francisco de Vitoria). Los pormenores con los que la agudeza jurídica trataba de especificar las circunstancias especiales de la agresión no pudieron evitar el fracaso de todo este intento. Este punto será analizado más detalladamente en el capítulo siguiente sobre el cambio del sentido de la guerra.

No es preciso abordar en este lugar todos los grandes problemas que han sido estudiados con frecuencia, pero sí es conveniente demostrar algunas consecuencias prácticas de la falta de una ordenación del espacio en relación con tres cuestiones esenciales para la Liga de Ginebra: el problema de los cambios territoriales, la cuestión del mantenimiento o no-mantenimiento de neutralizaciones permanentes, y la relación entre Europa y la línea global del hemisferio occidental. Estas tres cuestiones específicamente europeas deben ser analizadas brevemente en este lugar, no para revolver los escombros de hechos que han pasado a la historia, y menos aún para hacer *a posteriori* una crítica barata de unos intentos malogrados, sino para dar una visión adecuada de los efectos, para el Derecho de Gentes, de un pensamiento en normas ajeno al espacio y a la ordenación.

1. Como consecuencia de la falta de una nueva ordenación verdadera del espacio, ni siquiera el punto de vista natural del estado actual de la posesión, del *status quo* territorial, contenía un principio legal. Era preciso atenerse al mero hecho del *status quo* del momento, por lo que se prolongaron durante años las discusiones indecisas acerca del método de las modificaciones territoriales, que fueron colocadas bajo el lema del *peaceful change*. En este aspecto, ha aportado un material especialmente abundante la décima sesión de la Conférence Permanente des Hautes Etudes Intenationales de Paris de 1937[127]. Las casi setecientas páginas impresas que contienen los informes y discusiones de esta Conferencia no revelan en realidad muchas cosas. Un revisionismo de orientación inglesa defiende su causa, tan prudente como superficialmente, frente a un antirrevisionismo estricto y extraordinariamente perentorio, basado en la necesidad de seguridad por parte de los franceses. La cuestión fundamental de la estructura del espacio del Derecho de Gentes, la alternativa de una pluralidad de grandes espacios frente a la ordenación global del espacio de un mundo uniformemente gobernado, la gran antítesis de la política mundial, o sea, la oposición

[127] *Le problème des changements pacifiques dans les relations internationales*, Xe Session de la Conférence Permanente des Hautes Etudes Internationales, París, 28 de junio al 3 de julio de 1937 (aparecido en la editorial del Institut International de Coopération Intellectuelle, Société des Nations, París, 1938), con un informe preliminar de Maurice Bourquin especialmente instructivo en el aspecto metódico.

entre dominio central del mundo y ordenación equilibrada del espacio, entre universalismo y pluralismo, monopolio y polipolio, no fueron enfocadas en absoluto en aquellas deliberaciones acerca del *peaceful change*. Sólo en algunas observaciones de participantes norteamericanos, como Quincy Wright, se prestó atención a los cambios y nuevas distribuciones que trae consigo una exigencia global moderna. Para ésta son muchos más interesantes, según señala acertadamente Quincy Wright, los cambios económicos y las transferencias de oro o de industrias y mano de obra que los *transferts de territoires*. En cambio, los Estados europeos que intervienen activamente en la discusión, sobre todo Rumania y Hungría, se siguen aferrando, de un lado, a la consigna del supuesto ingenuo de un *status quo*, y de otro lado, a la consigna contraria de una *revisión* de este *status quo*, quedando ya descubierto, en el fondo, por este término pseudojurídico "revisión" el carácter incompleto de todas estas deliberaciones. Es evidente la ineficacia de una discusión semejante, que tiene su explicación en el simple hecho de que la Liga de Ginebra, como conjunto, no sólo no entrañaba ninguna idea de una ordenación del espacio, sino tampoco un verdadero principio de un *status quo* territorial, e incluso que no existía en ella ni siquiera una concepción de aquello que había de ser considerado como *status quo* de la tierra sancionado por la propia Liga. Finalmente, por el acto utópico de los acuerdos de Munich, de septiembre de 1938, fue sacrificado simplemente uno de los miembros de la Liga, y ello de una forma comparada con la cual fue un procedimiento ordenador la partición de Polonia del siglo XVIII[128]. Tras el acontecimiento de Munich, estalló al cabo de un año, en septiembre de 1939, la segunda guerra mundial sin que se hubiera apelado a la Liga de Ginebra. Inglaterra, en cambio, alegó en su Declaración del 3 de septiembre de 1939 sus obligaciones a raíz del Pacto Kellogg.

[128] En su nota del 5 de agosto de 1942, el Gobierno británico declara, haciendo referencia a declaraciones anteriores según las cuales el Acuerdo de Munich había sido violado por Alemania, que la posición jurídica del Presidente y del Gobierno de la República Checoslovaca era idéntica a la de otros jefes de Estado y Gobiernos aliados. Ello significa un retroceso sintomático a un *status quo ante* (es decir anterior a Munich, 1938); tanto más notable es el hecho de que precisamente en cuanto al aspecto territorial de la cuestión, sea formulada una reserva que deja el camino abierto para modificaciones. Como consecuencia de las líneas que fueron trazadas durante la segunda guerra mundial en Yalta y Moscú, Checoslovaquia quedó incorporada al gran espacio del Este.

2. La misma ambigüedad, explicable por la misma falta de una ordenación del espacio, se hizo evidente en la cuestión de las neutralizaciones permanentes de algunos Estados europeos. Tales neutralizaciones, que excluyen determinados espacios de una posible escenario de guerra, representan métodos característicos de la acotación de la guerra dentro de una ordenación del espacio del Derecho de Gentes. Por ello son, en tanto no queden rebajadas a piezas de museo sin importancia alguna, una expresión significativa del mismo Derecho de Gentes al que deben su garantía. No son de ningún modo algo "anormal" o algo "único". La singular influencia de los juristas suizos y belgas del Derecho de Gentes de esta época refleja más bien una auténtica realidad. La neutralidad permanente de Suiza, según había sido garantizada en el artículo 74 del acta final de Viena, del 20 de noviembre de 1815, por las potencias europeas y aceptada por Suiza con muestras de gratitud, constituyó durante todo el siglo XIX una parte integrante esencial del Derecho europeo de Gentes. Es propio de la particularidad y del destino del Derecho público europeo el que subsistiera la neutralidad permanente de Suiza, pero no el Estado eclesiástico papal garantizado con tanta frecuencia. En la segunda mitad del siglo XIX surgieron dos Estados nacionales, Italia y el Imperio alemán, como nuevas grandes potencia europeas en las fronteras de Suiza, siendo aumentada con ello la importancia estructural de la neutralidad suiza, que en ese momento se convertía en expresión internacional del reconocimiento del hecho de que el cambio territorial que estaba implicado en la formación de las dos grandes potencias nuevas no había destruido la estructura espacial del antiguo Derecho europeo de Gentes.

La Conferencia de Paz de París de 1918-19 confirmó expresamente los acuerdos de 1815 y la neutralidad permanente de Suiza (art. 435 del Tratado de Versalles). Con ello, confirmó al propio tiempo la ordenación del espacio de Europa eliminada por ella misma. La contradicción era evidente, pero no se tomó conciencia de ella en la atmósfera de aquel momento. No obstante, como consecuencia de las ideologías pacifistas predominantes, la misma contradicción se evidenció con tanto más agudeza en el aspecto del cambio del concepto de guerra. El derecho de prevención de la guerra de la Sociedad de Naciones de Ginebra incluía la facultad de calificar las guerras de permitidas o no permitidas y de establecer, de acuerdo con el Derecho de Gentes, discriminaciones entre los Estados beligerantes según la justicia o injusticia de la guerra. Con ello era negado el concepto de neutralidad del antiguo Derecho interestatal de Gentes en su fundamento, o sea, en la *aequalitas* perfecta de los *iusti hostes* de ambos lados. A pesar de ello, la Suiza permanentemente neutralizada debía ser un miembro de pleno derecho de esta asociación de Ginebra, e incluso debía participar, como todos los demás miembros en deliberaciones y resoluciones de la Liga sobre la descalificaciones y discriminaciones.

La Liga trató de contrarrestar esta contradicción interna mediante el reconocimiento de la *situation unique* de Suiza por el Consejo de la Liga en la Declaración de Londres del 13 de febrero de 1920. Tras repetir la formulación del art. 435, se declaró que las garantías establecidas a favor de Suiza por los tratados de 1815 representaban "convenios internacionales para la conservación de la paz". Pero la palabra *paz* no es aquí un concepto abstracto, sino presupone una ordenación concreta, muy determinada, del espacio europeo, a lo cual no se prestó atención. En cambio, se estaba consciente, más bien en sentido ideológico, de que la neutralidad permanente no era compatible con la pertenencia al sistema universalista de prevención de la guerra de la Liga de Ginebra. Se intentó salvar esta contradicción estableciendo que Suiza no había de tomar parte en las sanciones militares, pero sí en las sanciones económicas (art. 16 del Pacto de Ginebra). No es difícil desprender de ello que la situación única y singular de una Suiza permanentemente neutralizada no era el supuesto, sino la consecuencia de esta Declaración de Londres, pues esta situación como tal, en el sentido de lo anormal, sólo se produjo como efecto de los tratados de París de 1919 y de la Liga de Ginebra. Si la institución de Ginebra hubiera tenido éxito con sus sanciones económicas y si hubiera logrado sustituir verdaderamente la guerra militar interestatal por presiones económicas, la participación en tales presiones hubiera sido, evidentemente, tan contraria a la neutralidad como la participación en acciones militares en una guerra puramente militar. Desde luego, no llegó a ponerse a prueba este ejemplo, pero en lugar de ello se produjo otro fenómeno. En la misma medida en que se iba evidenciando la ineficacia política de la Liga de Ginebra, es decir, su incapacidad de establecer una nueva ordenación del espacio y con ello de lograr una acotación

de la guerra, tuvo éxito un intento aislado de restauración y volvió a imponerse la antigua neutralidad tradicional de Suiza. Tras un período intermedio de agudas "diferenciaciones" de la neutralidad, el Consejo Federal suizo sometió al Consejo de la Sociedad de Naciones, el 29 de abril de 1938, un memorándum en el que se anunciaba el propósito de Suiza de no participar ya, en vista de su neutralidad permanente, en ninguna aplicación de disposiciones de sanción del Pacto de la Sociedad de Naciones, ni tampoco en aquéllas a las que estaba obligada a raíz de las declaraciones del año 1920. Ello representaba la vuelta a la neutralidad *integral*, o más sencillamente, a la neutralidad antigua. el Consejo de la Liga otorgó su reconocimiento y declaró por resolución del 14 de mayo de 1938 que Suiza no sería llamada a participar en las sanciones del artículo 16 del Pacto de la Sociedad de Naciones.

Este caso de una restauración es extraordinariamente instructivo. Había quedado demostrado que la neutralidad permanente de Suiza era más fuerte que la nueva Liga de Ginebra. Pero ello significaba únicamente que los métodos de Ginebra habían resultado débiles e ineficaces; no significaba en modo alguno que con la vuelta de Suiza a la neutralidad *integral* también hubiera quedado restaurado su fundamento y su supuesto existencial, o sea, la antigua ordenación del espacio del *Ius publicum europaeum*. En realidad, la restauración sólo era apócrifa, pues la neutralización permanente de un país no puede flotar dentro de un espacio vacío como una institución aislada y carente de supuestos.

Ello quedó demostrado de la misma manera por la evolución del segundo caso clásico, la neutralidad de Bélgica garantizada por las grandes potencias. Durante la primera guerra mundial, en 1917, Bélgica había cancelado los tratados de garantía de 1839. El Tratado de Versalles anuló los tratados de 1839 por "no corresponder ya a la situación del momento"; el artículo 31 del Tratado de Versalles obligó al Imperio alemán a aprobar la anulación y a reconocer la nueva situación de una Bélgica que ya no estaba neutralizada. Pero también en este caso se produjo, paralelamente a la creciente crisis de la Sociedad de Naciones, un extraño intento de restauración de la antigua neutralidad. Bélgica declaró (el 14 de octubre de 1936) que volvía a una neutralidad voluntaria. Francia e Inglaterra relevaron a Bélgica de sus obligaciones, manteniendo en pie, sin embargo, sus propia obligaciones de asistencia frente a Bélgica (24 de abril de 1937). El Reich alemán formuló, por su parte, una declaración de garantía (el 13 de octubre de 1937). La relación entre todas estas declaraciones y garantías y los derechos y obligaciones que Bélgica tenía como miembro de la Sociedad de Naciones quedó poco clara debido a las numerosas reservas. De todas formas, también hizo evidente en este caso que la idea de una garantía de neutralidad permanente de determinados países europeos en el sentido del siglo XIX continuaba siendo más fuerte que la nueva ordenación de la tierra pretendida por la Liga de Ginebra. Pero desgraciadamente, ello tampoco implicaba, en el caso de Bélgica, que la vuelta a la neutralidad significara una vuelta de toda Europa a su antigua ordenación del espacio y una restauración del antiguo Derecho público europeo.

3. Una restauración semejante tampoco hubiera sido tan fácil y sencilla. El problema de la relación entre la Liga de Ginebra y Europa sólo era, en realidad, el problema de la relación entre la *Liga de Ginebra* y el *hemisferio occidental*. Por otra parte, éste era, en vista del aplastante poder político y económico de los Estados Unidos, en primer lugar un problema de la relación entre la Liga y los Estados Unidos de América. Para el positivismo jurídico, no parecía existir, en este aspecto, ningún problema. Los Estados Unidos se habían negado a ratificar el Tratado de Versalles; habían concertado con Alemania la Paz especial del 25 de agosto de 1921 y no se habían incorporado como miembro de la Liga de Ginebra. Tampoco tuvieron éxito los esfuerzos para conseguir que participaran al menos en la Corte Internacional Permanente de Justicia de La Haya. Por lo tanto, los Estados Unidos permanecían formalmente, y con ello, al parecer, de un modo especialmente decisivo, *ausentes* de Ginebra. Por otra parte, sí estaban *presentes*, lo mismo que en relación con otras cuestiones europeas, de una manera indirecta, pero por ello no menos efectiva e intensiva. El resultado era una extraña mezcla de ausencia oficial y presencia efectiva que caracterizaba la relación entre los Estados Unidos de América y la Liga de Ginebra y Europa, y a la que hemos de dedicarnos por un momento para poder comprender perfectamente la no-ordenación del espacio en este período de 1919 a 1939.

Pertenecían a la Liga numerosos Estados americanos que eran considerados, por distintas razones y consideraciones, como

Estados soberanos, pero que dependían de los Estados Unidos, estando sometida su acción política exterior al control de los Estados Unidos. Estados como Cuba, Haití, Santo Domingo, Panamá y Nicaragua eran miembros de la Liga de Ginebra y, en algunos casos, también del Consejo de la Liga. Sin embargo, no sólo dependían económica y fácticamente de los Estados Unidos, no sólo estaban comprendidos en los amplios espacios de la Doctrina Monroe y de la llamada Doctrina del Caribe, sino que también estaban ligados, en el aspecto de la política exterior, por tratados expresos y formales. Tratados como los que concertaron los Estados Unidos con Cuba el 22 de mayo de 1903 o con Panamá el 18 de noviembre de 1903, son típicos de una forma moderna de dirección cuya característica primordial es la renuncia a la anexión territorial abierta del Estado dirigido. El *status* territorial del suelo del Estado dirigido no es modificado de una forma que implicaría la conversión del país en territorio estatal del Estado dirigente. Pero, no obstante, el territorio estatal es incluido en el ámbito espacial del Estado controlador y en sus *special interest*, o sea su soberanía espacial. El espacio exterior vacío de la soberanía territorial continúa inalterado, pero el contenido material de esta soberanía es modificado por garantías del gran espacio económico de la potencia que ejerce el control. Surge de este modo el tipo moderno de tratado internacional de intervención. El control y dominio político consiste en intervenciones, mientras que el *status quo* territorial queda garantizado. El Estado controlador tiene derecho a intervenir en las circunstancias del Estado controlado para la protección de la independencia o de la propiedad privada, para la conservación del orden y de la seguridad, para la salvaguardia de la legitimidad o legalidad de un Gobierno o por otros motivos, sobre cuya existencia decide el Estado controlador según su criterio. Su derecho de intervención está asegurado, hacia el interior y hacia el exterior, por bases militares, estaciones navales y depósitos de carbón, ocupaciones militares, arrendamientos de tierras o de otra forma. El derecho de intervención está reconocido por tratado y acuerdo, de modo que resulta posible afirmar que en el sentido puramente jurídico ya no existe intervención alguna.

El sentido de este nuevo procedimiento es la suspensión de la ordenación y del asentamiento inherentes a la antigua forma

de territorio estatal. En todos los aspectos de los nuevos métodos de dominio y control se hace patente su carácter esencial: la soberanía territorial es transformada en un espacio vacío para procesos socio-económicos. Es reconocido el área territorial exterior con sus fronteras lineales, pero no el contenido social y económico de la integridad territorial, su sustancia. El espacio del poder económico determina el ámbito jurídico-internacional. Un Estado cuya libertad de acción está sujeta de tal manera a derechos de intervención es distinto de un Estado cuya soberanía territorial consiste en decidir libremente, gracias a su poder soberano propio, sobre la realización concreta de conceptos como *independencia, orden público, legalidad* y *legitimidad* o incluso sobre su constitución económica y de la propiedad, y en llevar a la realidad el principio *cuius regio eius economia*. Según la ordenación del espacio prevista por la Doctrina Monroe, los Estados americanos antes mencionados formaban parte del hemisferio occidental, y además, de acuerdo con los tratados internacionales concertados por ellos, pertenecían en vinculación más estrecha al ámbito de soberanía espacial de los Estados Unidos de América. Si, aparte de ello, también eran miembros de la Liga de Ginebra, esto significaba que, además del sistema espacial universal específicamente marítimo del imperio mundial británico, se proyectaba sobre la estructura de Ginebra un segundo sistema de grandes espacios cerrados sobre sí, pero desde luego de un modo especial y extraño: varios Estados dirigidos se encontraban presentes en Ginebra como miembros soberanos de idénticos derechos, mientras que el Gobierno dirigente permanecía ausente de Ginebra.

De esta forma, Europa se veía alcanzada por una sombra procedente del hemisferio occidental. Pero la propia Liga de Ginebra se había sometido a ello desde el principio, haciendo una expresa retirada frente a la Doctrina Monroe en el art. 21 de su Estatuto. Este art. 21 señalaba que la Doctrina Monroe, como "entente régionale" que aseguraba la conservación de la paz, "no era incompatible" con el Estatuto de la Liga de Ginebra. La historia de esta declaración es de gran interés en este contexto. Entre sus numerosos pormenores, que han sido expuestos con frecuencia, han de ser destacados en especial los siguientes hechos: las negociaciones del Comité de la Liga en la Conferencia de Paz de París fueron interrumpidas durante el período del

13 de febrero al 22 de marzo de 1919 por la razón de que Wilson se trasladó a Norteamérica a fin de informarse sobre el lugar acerca de las tendencias existentes. Quedó convencido allí de que el movimiento contrario aislacionista había adquirido una fuerza extraordinaria y que el Senado insistiría en la reserva expresa de la Doctrina Monroe. Por ello, el Presidente, a su regreso a París, exigió en las negociaciones ulteriores la inclusión expresa de esta reserva en el texto del Estatuto. Para los estadistas franceses era decisiva la confianza en una ayuda de los Estados Unidos a Europa: consideraban a la Liga de Ginebra como mero sustitutivo de una garantía norteamericana o una alianza. Tras declarar Wilson seguidamente, con frases poco disimuladas, que los Estados Unidos no ingresarían en la Liga sin la reserva expresa de la Doctrina Monroe, los representantes franceses abandonaron su actitud de oposición a la reserva. Pero en esta ocasión, Wilson expresó ciertos criterios acerca del significado práctico de la Doctrina Monroe, afirmando, por ejemplo, que no era preciso que este principio impidiera a la Liga intervenir en circunstancias americanas.

Frente a la exigencia de Wilson de que el reconocimiento de la Doctrina Monroe fuera incorporado expresamente al texto del Estatuto, un eminente jurista francés del Derecho de Gentes, Larnaude, formuló en aquel entonces algunas preguntas lógicas acerca del contenido de la Doctrina Monroe. Larnaude temía en especial que los Estados Unidos, apoyándose en la Doctrina Monroe, rehusaran una intervención en circunstancias europeas (y con ello una protección efectiva a Francia). Preguntas como ésta ponían de relieve la difícil situación en que se encontraba Wilson, quien vacilaba entre la doctrina tradicional del aislamiento del hemisferio occidental y la obra de su vida, o sea, la realización del ideal de una liga de paz mundial que abarcara toda la tierra. Este dilema de aislamiento o intervención, cuyo sentido más profundo analizaremos más adelante, se hizo finalmente tan desesperante para el Presidente norteamericano que tuvo que exigir en París, bajo afirmaciones dudosas en cuanto al contenido de la Doctrina Monroe, el reconocimiento expreso de ésta en el Estatuto de la Liga, porque en otro caso, los Estados Unidos no podrían formar parte de la Sociedad de Naciones. Así, pues, quedó incorporada la reserva de la Doctrina Monroe en el Estatuto de la Liga, y así figuraba en el artículo 21 como parte integrante plenamente válida del Estatuto y, al propio tiempo, como un símbolo del triunfo del hemisferio occidental sobre Europa. Pero a pesar de ello, el Senado de los Estados Unidos no ratificó el Tratado de Versalles ni tampoco el Pacto. Los Estados Unidos no ingresaron y no se hicieron miembros de la Liga de Ginebra. De esta forma, se abandonó en Ginebra la idea de una reciprocidad de los continentes o hemisferios, y la Liga se retiró frente al hemisferio occidental sin que existiera claridad acerca del principio de ordenación del espacio sobre el que pudiera apoyarse entonces. En el texto de su Estatuto, la Liga confirmó solemnemente la superioridad de los principios americanos de ordenación del espacio y la posición especial preeminente del continente americano, renunciando con ello, al propio tiempo, a establecer una clara ordenación del espacio como fundamento para su propio sistema espacial que no era ni específicamente europeo ni lógicamente global.

El alcance práctico del art. 21 del Estatuto de Ginebra sólo se hace comprensible a través de esta historia de sus antecedentes. La Doctrina Monroe, el principio tradicional del aislamiento del hemisferio occidental, defendía con todas sus amplias interpretaciones la primacía frente a la Liga de Ginebra, la cual había renunciado a un solución razonable del problema más importante, es decir, la relación entre Europa y el hemisferio occidental. La interpretación práctica de la ambigua Doctrina Monroe, su aplicación en el caso individual concreto, la determinación de la guerra y la paz, las consecuencias, para la cuestión de las deudas interaliadas y el problema de las reparaciones, todo ello se encontraba, como cosa natural, en manos de los Estados Unidos de América. Por lo tanto, quedaba excluida una verdadera competencia o facultad de la Liga de Ginebra no sólo en cuanto a las relaciones entre Estados americanos, sino también en cuanto a relaciones entre Estado europeo y Estados americanos. A pesar de que, en ocasiones, la Sociedad de Naciones intervenía en cuestiones de Estados americanos, estaba limitada en este aspecto. Por el contrario, los derechos de los Estados-miembros americanos eran, naturalmente, idénticos a los de otros Estados-miembros, sobre todos los europeos. En otras palabras: la actitud de la Liga de Ginebra en cuestiones europeas, como por ejemplo los proyectos de una Unión Europea (1929-30) o la cuestión de la Unión Aduanera entre Alemania y Austria (1931), era determinada también, en medida considerable, por la participación de los miembros americanos, mientras que, por el contrario, que-

daba excluida una influencia de la Liga sobre circunstancias americanas a consecuencia de la Doctrina Monroe. La Liga de Ginebra estaba ausente de América; en cambio, dieciocho Estados americanos estaban presentes en Ginebra. La potencia predominante de América, los Estados Unidos, no se encontraba oficialmente presente en Ginebra; pero donde está reconocida la Doctrina Monroe y se hallan presentes otros Estados americanos, los Estados Unidos no pueden estar, de hecho, totalmente ausentes.

Una semejante mezcla de ausencia oficial y presencia efectiva indujo a los juristas, que sólo se atenían a lo oficial, a un abandono abierto frente a un gran problema. Por lo demás, sin embargo, aquella mezcla no era, ni mucho menos, una casualidad de escasa importancia, ni tampoco podía explicarse únicamente por las particularidades del presidente Wilson o por razones periféricas similares. La clave para la comprensión de esta mezcla reside en la separación entre la política y la economía, una separación que era defendida por los Estados Unidos y reconocida por Europa. La separación parecía responder a la famosa norma tradicional y típica: lo máximo posible de comercio y lo menos posible de política. Ello significaba, en el aspecto interior, el dominio de una economía no-estatal y de una sociedad —libre en el mismo sentido— sobre el Estado. En el aspecto exterior, no implicaba en modo alguno una renuncia a aduanas protectoras, al proteccionismo y a la autonomía —la política de comercio exterior de los Estados Unidos estaba caracterizada más bien por una política aduanera altamente proteccionista—, sino que representaba un método indirecto de ejercicio de influencia política, cuya característica más significativa es la de apoyarse en el comercio libre, o sea, no-estatal, y el mercado igualmente libre como standard constitucional del Derecho de Gentes y atravesar las fronteras político-territoriales acogiéndose al principio de la puerta abierta y a la cláusula de nación más favorecida. Por lo tanto, la ausencia oficial sólo era en el sentido de la separación entre política y economía, una *ausencia política*, mientras que la presencia no-oficial era una presencia extraordinariamente efectiva, es decir, una presencia económica y, en caso necesario, también un control político. La separación entre política y economía es considerada, hasta los tiempos presentes, por numerosos teóricos franceses, ingleses y americanos como

la última palabra en cuanto al progreso humano, como criterio del Estado moderno y de la civilización en sí[129]. Pero en realidad, esta separación era obstaculizada por el predominio de motivos económicos y únicamente contribuía a aumentar el desorden que traía consigo el problema, no resuelto, de la ordenación del espacio de la tierra. La confusión inextricable se hizo patente en la discusión de las deudas *políticas*, en la que también se evidenció que el significado que para el Derecho de Gentes tenía en los siglos XVI y XVII la frase *cuius regio eius religio*, correspondía ahora a la frase *cuius regio eius economia*, pero desde luego bajo las nuevas medidas y dimensiones que la *regio* adquiere en la era técnico-industrial.

La evolución ulterior del problema de las deudas y reparaciones europeas en el período de 1924 a 1933 incluye numerosos ejemplos válidos para nuestro contexto que no precisan una exposición más detallada. La despolitización y comercialización del problema de las deudas por los acuerdos de las Conferencias de La Haya de 1929 y 1930, o sea, el llamado Plan Young (1929), no modificaba este cuadro general, sino más bien lo confirmaba. El Plan Young eliminaba, desde luego, los controles extranjeros y con ello la figura sintomática y simbólica de un *citizen of the United States* que participaba en el control, pero en cambio hacía plenamente responsable a Alemania del pago en moneda extranjera. También establecía una diferencia, sin mencionarlo expresamente, entre aquello que Alemania continuaría pagando a América y una cantidad que había de ser pagada incondicionalmente en divisa extranjera (660 millones de Reichsmarks anuales). Los Estados Unidos no participaron, al menos oficialmente,

[129] R. M. Maciver, *The Modern State*, Oxford, 1936, pág. 291 y siguientes, bajo la rúbrica "Political Power and the Economic Order". Llama la atención sobre una manifestación inglesa y la coloca de tal modo en el centro que la he de citar aquí según la formulación original: "The expansion of England in the seventeeth century was an expansion of society and not of State". Y cuando el Estado, en el siglo XVIII, se proponía ejercer una presión sobre la sociedad en proceso de expansión en América, surgió una Federación de nuevos Estados. Así lo señala George Unwin en la Introducción al libro de Conrad Gill *National Power an Prosperity*, aparecido en Londres durante la primera guerra mundial (1916). La exposición jurídica más importante del *équilibre politico-économique* figura en el capítulo VII de los *Principes de Droit Public*, de Maurice Hauriou, primera edición, 1910, pág. 269 y sigs.; véase también segunda edición (1916), págs. 303 y 343 y sigs., sobre la centralización política y económica de la nación.

en el Banco de Compensación Internacional de Basilea establecido a raíz del Plan Young, pero, no obstante, también estaban presentes allí de modo inoficial, es decir, por medio de dos banqueros privados norteamericanos, mientras que los países europeos estaban representados por los presidentes de sus bancos de emisión. En la situación europea de aquel entonces, se sobreentendía que las cuestiones económicas más importantes de la postguerra —reparaciones y deudas interaliadas— no podían ser reguladas sin los Estados Unidos de América. El hecho de que los Estados Unidos, en virtud de la Doctrina Monroe, trataban de evitar toda intervención en las circunstancias políticas de Europea, también era explicable en vista de las importancia fundamental de dicha Doctrina y la acusada tendencia al aislamiento. Ello parecía responder, además, a la vieja norma antes citada: lo máximo posible de comercio, lo menos posible de política.

Ahora bien, el *comercio* al estilo del siglo XVIII es una cosa distinta de la *economía* en la era del industrialismo y de la técnica moderna. pero la primacía efectiva de lo económico proporcionaba a los Estados Unidos, en todo caso, una gran superioridad, y la separación entre los político y lo económico proveía considerables ventajas y facilidades, aunque quizá más bien aparentes, para una política que permanecía libre hacia todos los lados. Estando en plena posesión de tales ventajas, Norteamérica podía contemplar con gran superioridad la disputa intraeuropea en torno al *status quo* o la revisión de las fronteras territoriales mientras esta disputa continuara siendo puramente económica y no adoptara un carácter político. Sin embargo, la separación entre los económico y lo político pronto resultó ser precaria ante la situación verdadera de Europa. Todas las cuestiones económicas de la postguerra, sobre todo la de las deudas interaliadas, tenían un sentido irremediable y directamente político, y la superioridad de lo económico sólo era, en cuanto a los Estados Unidos, un fenómeno que revelaba el hecho de que su poder económico había alcanzado un punto en que se podía convertir inmediatamente en poder político. Así, su ausencia política produjo necesariamente su efecto como factor de inseguridad. Eran los Estados Unidos de América los que habían decidido la primera guerra mundial de 1914-18, que, según la idea de la propia Europa, aún había estado completamente centrada en

Europa. Eran los Estados Unidos de América los que habían adoptado de hecho el papel de árbitro en numerosas conferencias entre vencedores y vencidos. De los diversos métodos de su participación e influencia tanto económica como política había surgido, finalmente, aquella extraña mezcla de ausencia y presencia, en la que la presencia, por la razón de que sólo había de ser económica, no tenía que ser necesariamente menos eficaz y menos intensiva, mientras que la ausencia política no podía impedir en modo alguno los efectos políticos de aquella presencia meramente económica.

Nuestro interrogante —formulado desde el ángulo de vista de la ordenación del espacio— acerca de la relación entre la Liga de Ginebra y Europa puede ser contestado ahora hasta cierto punto si enfocamos de nuevo el problema territorial. Para los juristas, las cuestiones territoriales eran *eo ipso* cuestiones políticas y por lo tanto no jurídicas[130]. Pero no sólo eran consideradas por los juristas como cuestiones no jurídicas, sino también por los economistas como problemas no económicos y por los comercialistas como problemas no comerciales. Por ello, podían ser excluidas, sin más, de la esfera del interés oficial de los Estados Unidos. Sin embargo, tampoco representaban un *domaine réservé* de los Estados europeos en el sentido de un asunto puramente intraeuropeo; lo impedía la Liga de Ginebra, que no era una organización europea, sino universalista. Pero su universalismo consistía esencialmente en el hecho de que cuestiones europeas no eran resueltas desde Europa. También en aquellos casos en que la Liga de Ginebra debía actuar de árbitro en problemas europeos fundamentales, se encontraba a la sombra de la potencia dominante del hemisferio occidental, y en el año 1930, la proyección de esta sombra sobre Europa fue suficiente para que todos los proyectos de una Unión Europea se convirtieran en conversaciones sin transcendencia.

Las consecuencias de este caos espacial eran evidentes. El problema de una ordenación del espacio para Europa era apreciado y discutido generalmente. Pero ¿dónde podía hallar una

[130] Dietrich Schindler, *Die Schiedsgerichtsbarkeit seit* 1914 ("Handbuch des Völkerrechts", editado por G. A. Walz, V, 3), Stuttgart, 1938, pág. 94 y sig. "Con el trazado de fronteras, es decir con la adjudicación de territorio, el tribunal ha de cumplir una tarea no jurídica".

solución la pugna entre los intereses pro *status quo* y anti *status quo*, y dónde hallar todavía un asilo la razón? ¿Qué justicia y equidad podían esperar sobre todos los vencidos? No podían dirigirse ni a las grandes potencias europeas de esa época, Francia e Inglaterra, ni a la Liga de Ginebra, ni tampoco a los Estados Unidos de América. Francia, en aquel entonces la potencia principal del continente europeo, se aferraba, dado su anhelo de seguridad, al rígido *status quo* de las fronteras territoriales de 1919. Inglaterra continuaba siendo un país *of Europe, not in Europe*. La propia Liga de Ginebra, como hemos observado anteriormente, era absolutamente incapaz de establecer una ordenación del espacio. Ni siquiera llegó a formarse una idea clara de un *status quo* seguro, y además se había sometido, por el reconocimiento de la Doctrina Monroe, a las concepciones de la ordenación espacial que partían del hemisferio occidental y que carecían, según demostraremos más adelante, de una fuerza interna ordenadora respecto a Europa, pues los Estados Unidos de América estaban interesados en permanecer políticamente ausentes y se atenían oficialmente a la línea de aislamiento del hemisferio occidental.

Esta línea no creó un nuevo nomos de la tierra, pero, por otro lado, tampoco permitió que continuara existiendo el antiguo nomos del Derecho europeo de Gentes. Al separar bruscamente, en una época del más intensivo industrialismo, la política de la economía causó un desconcierto en cuanto al problema de la ordenación del espacio del Derecho de Gentes y a las frases válidas desde hacía tiempo: *cuis regio eius economia* y *cuius economia eius regio*. Creía convertir lo político en una fachada exterior de fronteras territoriales y lo económico en contenido esencial que penetraba a través de las fronteras, no pudiendo impedir, sin embargo, que en el momento crucial, el agrupamiento político según amigos y enemigos llegara a ser decisivo para la situación general. Se mostró inútil frente a los esfuerzos relativos al monopolio de la paz global en Occidente y Oriente que otras potencias más fuertes trataban de imponer. La Liga de Ginebra se sometió tanto al Pacto Kellogg americano de 1928 como a los esfuerzos soviéticos de 1933 a 1936, es decir, tanto a la solemne renuncia a la guerra como a la introducción de la guerra justa mediante definiciones de la agresión. Trató de adaptar su Estatuto a ambos, pero no puedo evitar que desde el Oeste y el Este, la guerra y la paz pasaran por encima de ella.

4. El cambio del sentido de la guerra

La primera guerra mundial comenzó en agosto de 1914 como guerra entre Estados europeos al estilo antiguo. Las potencias beligerantes se consideraban mutuamente como Estados soberanos en igualdad de derechos, que se reconocían mutuamente como tales y eran *iusti hostes* en el sentido del *Iustum publicum europaeum*. La agresión todavía no era un concepto jurídico del Derecho de Gentes de aquella época. El comienzo de la guerra aún era señalado por una declaración formal de la guerra, que había quedado regulada por el Tercer Convenio de La Haya de 1907 como anuncio previo inequívoco y motivado de una guerra. La declaración de guerra no representaba, pues, un acto de agresión en un sentido agravatorio o discriminatorio, sino, por el contrario, un acto correcto y expresión de la "guerra en forma", cuya evolución hemos expuesto anteriormente (pág. 146). Esta declaración de guerra se basaba en la necesidad de una forma jurídica y en el pensamiento de que, frente a la guerra o la paz, no existe una tercera posibilidad. *Tertium non datur*. Su sentido era el de establecer, en el interés de los beligerantes y de los neutrales, una clara separación entre dos *status* de Derecho de Gentes distintos, evitando así la situación intermedia que hoy día es conocida como guerra fría.

Sin embargo, muy pronto surgieron indicios de un cambio del sentido de la guerra. Así, de parte belga se hizo valer el principio de la distinción entre guerra justa y guerra injusta, alegando la violación de la neutralidad de Bélgica, y con el propósito de negar al ocupante alemán, que durante cuatro años había tenido ocupada militarmente la mayor parte del territorio belga, la posición de tal ocupante según el Derecho de Gentes[131]. Pero sobre todo, los tratados de paz que pusieron fin a esta primera guerra mundial contenían una serie de particularidades en las que ya se hacían patentes ciertos síntomas de un cambio del sentido de la guerra. Ello es válido, en especial, en cuanto

[131] CH. DE VISSCHER, en su conferencia del 28 de julio de 1916, *De la belligérance dans ses rapports avec la violation de la neutralité*, "Grotius Society", II, pág. 102: "Cette égalité juridique, qui existe entre belligérants ordinaires dans le cas de guerre régulière, se trouve exclue ici en raison du caractère injuste de l'agression".

al Tratado de Versalles, en el que hemos de destacar algunas de estas particularidades por tratarse aún, en este caso, de una evolución europea. Por la misma razón, el llamado Protocolo de Ginebra del 2 de octubre de 1924 hace precisa una consideración especial, puesto que en esta ocasión aún dominaban las potencias europeas.

a) *El Tratado de Versalles de 1919*

Dos artículos del Tratado de Versalles revelan los intentos más importantes de establecer un nuevo concepto de guerra que se desvía del antiguo Derecho europeo de Gentes: el artículo 227, que somete a acusación al ex emperador Guillermo II, y el art. 231, el llamado artículo de la responsabilidad de la guerra. Ambos se refieren únicamente, en su regulación contractual positiva, a la primera guerra mundial de 1914-18, pero también han de ser enfocados como síntomas de un cambio del concepto de guerra del Derecho de Gentes, e incluso quizá como precedente. Aparte del art. 227, también ha de estudiarse comparativamente, por razones de la historia de esta evolución, el art. 228, si bien en este artículo se habla exclusivamente de crímenes de guerra en el *antiguo* sentido de la palabra, mientras que el art. 227 ya se refiere al nuevo tipo de guerra que, como tal, representa por sí mismo un crimen.

Con el término "crimen de guerra" se define hoy día una serie de circunstancias que no sólo se distinguen entre sí en su aspecto exterior y sus pormenores, sino también en su estructura jurídica. La diferencia no es únicamente de orden teórico, sino que adquiere inmediatamente la mayor importancia práctica cuando se trata de la elaboración jurídica y del desarrollo de un proceso. En tal caso, la diversidad jurídica de las circunstancias se hace patente en todos los puntos, tanto en las cuestiones del derecho material —¿cuál es el supuesto de hecho del crimen?, ¿quién es el autor?, ¿quién es colaborador, ayudante y favorecido?—, como en las cuestiones del procedimiento: ¿quién es el acusador?, ¿quién es el acusado?, ¿quién es parte?, ¿quién es juez y cuál es el tribunal, y en nombre de quién es fallada la sentencia?

aa) *Los crímenes de guerra en el sentido antiguo (artículo 228 del Tratado de Versalles)*

La guerra entre Estados soberanos que se reconocen mutuamente y ejercen su *ius belli* no puede ser un delito, y menos aún un delito en el sentido criminal de la palabra. En tanto continúa surtiendo su efecto el concepto del *iustus hostis*, no puede haber una criminalización de la guerra interestatal. En este sentido, el término "crimen de guerra" no puede tener el sentido de que la guerra misma sea calificada de crimen. Por lo tanto, el término no se refiere al crimen *de la* guerra introducido por el cambio de sentido de la misma, sino a algo esencialmente distinto. Según el Derecho europeo de Gentes clásico, se comprende bajo el término crimen de guerra actos determinados cometidos *durante* la guerra, sobre todos por miembros de las fuerzas armadas de un Estado beligerante. Son infracciones contra el llamado derecho en la guerra, el *ius in bello*, como por ejemplo violaciones del Reglamento sobre la Guerra Terrestre de La Haya, de las normas del derecho de guerra marítima, del derecho de prisioneros de guerra, etc. Estas normas se basaban en el supuesto de que la guerra estaba permitida y era igualmente justa en ambos lados. Por ello, han de experimentar un cambio esencial si la guerra misma es prohibida o se convierte en crimen.

La delimitación de este antiguo tipo de crímenes de guerra no causa dificultades fundamentales, puesto que su particularidad es claramente perceptible. Cuando se hablaba antes de 1914 de *war crimes*, sólo se trataba de este tipo de delitos, que es conocido desde hace tiempo en las leyes penales y las instrucciones militares y siempre ha sido discutido en la literatura del Derecho de Gentes, tanto con respecto a los supuestos como a las consecuencias jurídicas: represalias, obligación de indemnización por parte del Estado, responsabilidad jurídico-penal del autor frente a su Estado y al Estado enemigo. Asimismo, ha sido estudiada con frecuencia la importancia de la orden militar como motivo de justificación o de disculpa de estos delitos[132].

[132] El tratamiento típico de estas cuestiones como exposición al estilo de tratado con citas bibliográficas lo encontramos en el libro de JOSEF L. KUNZ, *Kriegsrecht und Neutralitätsrecht*, Viena, 1935, pág. 35 y sigs.; representa una profundización monográfica especial el estudio de ALFRED V. VERDROSS, *Die völkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten*, Berlín, 1920.

Los artículos 228 a 230 del Tratado de Versalles (art. 175 del Tratado de Saint-Germain, y en sentido correspondiente los demás tratados de los arrabales de París) se refieren a este tipo de crímenes de guerra en el sentido de las violaciones del *ius in bello*. Sin embargo, la regulación de aquellos tratados de paz contiene, en un importante aspecto, una innovación frente al Derecho de Gentes reconocido, según se encontraba vigente antes de 1914, o sea en cuanto que el Estado vencido tenía que comprometerse a entregar al Estado enemigo a los súbditos *propios* que fueran criminales de guerra. Ello significa una modificación fundamental de gran trascendencia que afecta a una institución primitiva del Derecho: la *amnistía*. Hasta entonces, o sea hasta 1918, una amnistía era considerada inmanente al tratado de paz, sea por acuerdo expreso, sea como conclusión tácita en virtud de la naturaleza de la paz entre *partenaires* que se reconocen mutuamente[133]. Estos supuestos son anulados ahora por la discriminación del vencido, haciéndose evidente un cambio del sentido de la guerra. Pero ha de tenerse en cuenta que a pesar de esta particularidad, en los artículos 228 y siguiente es mantenido el fundamento *contractual* de la entrega de súbditos propios. También queda conservado el principio *nullum crimen sine lege*, lo mismo en cuanto a los supuestos de estos delitos ("acts in violation of the laws and customs of war") que con respecto a la pena y el grado de la pena ("punishments laid down by law")[134].

b) *Guillermo II como criminal de guerra*

El artículo 227,que está dirigido contra el ex emperador alemán Guillermo II, figura en la parte VII del Tratado de Versalles

[133] W. E. Hall, *International Law*, octava edición a cargo de Pearce Higgins, Oxford, 1924, pág. 677; Oppenheim-Lauterpacht, *International Law*, sexta edición, 1940, pág. 476 (menciona Versailles como excepción expresa); Bonfils-Fauchille, párr. 1700; art, "Amnestie", por A. von Verdross, en *Strupps Wörterbuch des Völkerrechts*, I, página 34; Grocio, *De jure belli ac pacis*, III, 20, párr. 17.

[134] El curso ulterior de la condena de los criminales de guerra alemanes de la primera guerra mundial, y sobre todo el procedimiento posterior ante el Tribunal Imperial alemán de Leipzig, han sido expuestos con frecuencia en los últimos años, pudiendo suponerse que sean conocidos.

bajo la rúbrica *Penalties*. Aquí, pues, ya queda expresado conscientemente por la rúbrica la calificación de un acto como punible, existiendo por lo tanto un propósito de criminalización.

Aparecen como *acusador* todas las potencias aliadas y asociadas, no sólo las cinco potencias principales. No se hace mención de si es acusador cada potencia individualmente, o varias de ellas, o bien todas juntas. *Mediante el Tratado de Paz*, colocan bajo acusación pública al ex emperador, quien es el *único* acusado y, como tal, es nombrado personalmente, o sea Guillermo II de Hohenzollern, ex emperador alemán. El Kaiser aún continuó siendo el único acusado de este nuevo tipo de crimen internacional después de que el canciller Bethmann-Hollweg declarara públicamente, en 1919, que asumía la plena responsabilidad de todos los actos oficiales del emperador cometidos durante los años en que desempeñó su cargo (1914 a 1917). Ninguno de los acusadores prestó atención a esta declaración del Canciller del Reich responsable ante la Constitución, quedando limitada esta acusación de haber cometido el nuevo crimen de guerra a la persona del soberano.

Como *supuesto de hecho* del crimen por el cual es formulada la acusación se indica en el art. 227 "violación suprema de la moralidad internacional y de la naturaleza sagrada de los tratados" (*supreme offence against international morality and sanctity of treaties*). Pero además, el art. 227, ap. 3, contiene normas para el tribunal, en el sentido de que éste debe hacerse guiar por los motivos más elevados de la política internacional (*by the highest motives of international policy*), siendo empleado el término *international policy* y no *international law* en la conciencia de que el *law* antiguo no conoce el nuevo crimen. Además, el tribunal ha de imponer el respeto de las obligaciones solemnes de los acuerdos internacionales (*undertakings*). El *tribunal* debe estar compuesto por cinco jueces, debiendo ser nombrado un juez por cada una de las potencias principales aliadas y asociadas, las cuales, sin embargo, no son denominadas aquí potencia principales, sino que son nombradas individualmente.

En cuanto al *procedimiento*, se señala en este Tratado de Paz que se le aseguran al acusado las garantías esenciales del derecho de defensa: *assuring him the guarantees essential to the right of defence*. Con respecto a la *pena*, se indica que el tribunal

determinará la pena que considere que debería ser impuesta: *the punishment which it considers should be imposed.*

En aquella época —1919— no representaba una tarea difícil criticar y refutar en el artículo 227 sobre la base del antiguo Derecho europeo de Gentes como también en el aspecto jurídico-penal. El Derecho europeo de gentes no conocía una jurisdicción internacional de un Estado sobre otro Estado reconocido o sobre el jefe de Estado reconocido de otro Estado soberano. *Par in parem non habet iurisdictionem.* Según el criterio reinante en aquella época, el único sujeto jurídico del Derecho de Gentes, aún en el caso de delito según el Derecho de Gentes, era el Estado como tal. Un delito contra el Derecho de Gentes no significaba, pues, en modo alguno un delito en el sentido criminal según el Derecho penal intraestatal. La guerra era considerada, muy estrictamente, como una relación de Estado a Estado, *no de individuos o de grupos.* Era *librada, de acuerdo con el* Derecho de Gentes, no por personas individuales, ni tampoco por el jefe del Estado personalmente, sino por el Estado como tal. El enemigo era *iustis hostis*, es decir, era distinguido del criminal. En cuanto al supuesto de hecho del nuevo delito, su definición en el art. 227 era muy inconcreta. Las normas para el juez se referían a la moral y la política en lugar de referirse exclusivamente al derecho. La pena tampoco era determinada y quedaba totalmente al arbitrio del juez. Al parecer, se presuponía que el tribunal impondría en todo caso una pena, de manera que aquí ya tenía lugar, en virtud de la acusación, una anticipación a la decisión del juez, existiendo así evidentemente una infracción del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege.* Por nombrar a una persona determinada, Guillermo II, ante un supuesto de hecho y con una amenaza de pena tan indeterminados, el art. 227 llevaba además la mácula de un derecho de excepción demasiado personal.

Así se explica que este intento de criminalización jurídico-internacional de la guerra de agresión en Europa no produjera un efecto duradero en la conciencia jurídica de los pueblos y gobiernos europeos. Toda esta cuestión, o sea el intento de juzgar ante un tribunal internacional, por haber cometido un crimen internacional, al ex Kaiser Guillermo II, quedó olvidada muy pronto por la opinión pública en los países europeos. Los

gobiernos de Inglaterra y Francia ya renunciaron prácticamente en el año 1920 a la realización de este intento.

Guillermo II residía desde noviembre de 1918 en un Estado neutral, en Holanda. El Gobierno holandés rechazó, basándose en los argumentos del Derecho público europeo clásico, la solicitud de extradición de los gobiernos de Inglaterra y Francia por ser inadmisible de acuerdo al Derecho de Gentes. Los dos gobiernos mencionados no continuaron insistiendo en la extradición. Así, se impuso generalmente, al menos en Europa, la convicción de que aquel intento de introducción de un nuevo tipo de crimen de guerra no sólo había fracasado, sino se había convertido, por el contrario, en una especie de precedente en sentido opuesto.

En cuanto a la opinión pública en los Estados Unidos de América, la situación fue distinta. En las deliberaciones de las *Conferencias de París, habían sido precisamente los delegados* norteamericanos los que, con gran énfasis, habían calificado de injusticia la guerra de agresión. Desde luego, a estas declaraciones se oponen de manera igualmente rotunda otras declaraciones de delegados norteamericanos en el sentido de que la guerra como tal, según el antiguo Derecho de Gentes, no representa un *illegal act*. La confusión es tanto mayor cuanto que varios puntos de vista jurídicos —imposición de una pena a Guillermo II, sanciones por las violaciones del derecho de guerra, problema de reparaciones— dan motivo a que se hable de criminales de guerra en un sentido generalizado. Acerca del artículo sobre la responsabilidad de la guerra (231), seguirán más adelante algunas consideraciones especiales (bajo *cc*).

En primer lugar son de interés, en esta relación, la declaraciones dentro de la "Commission des Responsabilités des Auteurs de la Guerre". La Comisión estudió tanto el tema del ulterior art. 227, o sea la condena de Guillermo II, como también el del art. 228, es decir, las sanciones por los crímenes militares de guerra en el antiguo sentido que hemos analizado anteriormente. Con respecto a los crímenes de guerra, los delegados norteamericanos, presididos por Lansing, declararon rotundamente, frente a los representantes ingleses y franceses, que era inadmisible hablar, aparte del castigo por violación de leyes de guerra, de una condena por infracción de leyes de humanidad. Estos dele-

gados se apoyaban en el precedente de Henri Wirz, del año 1865, o sea, un procedimiento judicial militar seguido, tras la Guerra de Secesión, por un tribunal militar de Washington contra el comandante de una prisión de los Estados del Sur, y que finalizó en noviembre de 1865 con la sentencia a muerte contra este oficial y con su ejecución. Los delegados norteamericanos subrayaron que en cuanto a tales crímenes de guerra, es decir, las violaciones del *ius in bello* y su castigo, había de ser válido, irremediablemente, el principio *nullum crimen sine lege*. También hicieron mención del caso precedente EE. UU. contra Hudson (7 Cranch 32) del año 1812, en el que se estableció que un acto tiene que haber sido calificado de crimen y amenazado con pena por el poder legislativo de la Unión, y que además tiene que haber sido designado el tribunal competente por el poder legislativo antes de ser admisible un enjuiciamiento. Siempre que se tratara de crímenes de guerra en el sentido antiguo, los delegados norteamericanos rechazaron el concepto de un nuevo crimen contra la humanidad. "Los delegados norteamericanos —se señala en una declaración a raíz de estas deliberaciones— no conocen ninguna ley internacional escrita ni ningún tratado estatal que convierta la violación de leyes y costumbres de guerra en un crimen internacional bajo amenaza de pena y designación del tribunal competente". Señalan a continuación lo siguiente:

> Según han observado los delegados norteamericanos más de una vez, la guerra siempre ha sido, por su naturaleza, inhumana y sigue siéndolo. Pero los actos que respondan a las leyes y costumbres de guerra no están sujetos, a pesar de su inhumanidad, a una condena por un tribunal. Un tribunal sólo se preocupa del derecho vigente, únicamente aplica éste y deja que un juez más elevado juzgue los delitos contra la moral y los actos contrarios a los principios de la humanidad. Los delegados norteamericanos tiene la impresión muy determinada de que el proyecto de creación de un Tribunal Internacional de Justicia Penal no merece atención; no existe ningún precedente de ello ni tampoco está de acuerdo con las costumbres de los pueblos.

Estas declaraciones no se refieren, en concreto, al art. 227, sino al art. 228, no siendo por lo tanto aplicables directamente a la cuestión de la guerra de agresión como tal, sino únicamente a la de crímenes de guerra en el sentido antiguo. En cuanto al art. 227, por el contrario, eran precisamente los delegados nor-

teamericanos los que exigían un castigo de los jefes de Estado por la guerra de agresión como delito moral contra la humanidad. El criterio típicamente norteamericano que predominaba en la "Commission des Responsabilités des Auteurs de la Guerre" se desprende de un pasaje del proyecto de 12 de marzo de 1919, que califica la guerra iniciada en agosto de 1914 de guerra injusta y guerra de agresión[135]. Siguen a continuación unas extensas consideraciones acerca de la responsabilidad de los jefes de Estado que, por su importancia, citaremos textualmente:

> Los supremos mandatarios de las potencias centrales, animados por el deseo de apoderarse de territorios y derechos soberanos de otras potencias, se han aventurado a una guerra de conquista, una guerra que, por su extensión, su destrucción innecesaria de vidas y propiedades humanas, sus crueldades implacables y los sufrimientos insoportables que ha producido, supera todas las guerras de los tiempos modernos. Las pruebas de este delito moral contra la humanidad son convincentes y concluyentes. Frenadas por el respeto ante el Derecho, que es inseparable del sentido de la justicia, las naciones que han sufrido tan cruelmente no podrían poseer la fuerza para castigar adecuadamente a los culpables por los medios de la ley. Pero los provocadores de esta vergonzosa guerra deben pasar a la historia sin ser marcados. Por ello, deberían comparecer ante la opinión pública mundial sin sufrir la condena que la humanidad exprese contra los autores del mayor crimen perpetrado contra el mundo.

En tales declaraciones se revela indudablemente una desviación consciente del concepto de guerra del antiguo Derecho de Gentes. Es abandonado el pensamiento fundamental del Derecho de Gentes europeo interestatal, la teoría del *iustis hostis*. Pero no se habla aún de una criminalización general de la guerra de agresión, sino únicamente de un delito moral contra la humanidad que sólo han cometido los supremos mandatarios de las potencias centrales y nadie más. En cuanto a la valoración del

135 "Le droit moral de faire la guerre existe seulement lorsqu'il y a nécessité impérieuse d'employer la force pour la protection de la vie nationale, le maintien du Droit national ou la défense de la liberté et de l'humanité. La guerre inspirée par tout autre motif est arbitraire, inutile et s'accomplie en violation de la morale et de la justicie internationale. Elle ne peut être justifiée. Jugée d'après ce critérium, la guerre commencée en 1914 était injuste et inadmissible. Ce fut une guerre d'agression".

efecto de precedente ha de tenerse en cuenta, además, que tales declaraciones de James Brown Scott y Lansing eran declaraciones internas durante unas deliberaciones que, originalmente, no debían llegar a conocimiento del público, y que estas declaraciones están en contradicción a la toma de posición de otros delegados norteamericanos —por ejemplo la declaración de John Foster Dulles acerca del problema de la responsabilidad de la guerra que citaremos más adelante (pág. 285)—, que se atienen expresamente al antiguo concepto de guerra. Pero, sobre todo, únicamente puede ser decisivo, para el efecto de precedencia, el tratado definitivo de paz que entra en vigor. En este aspecto, sin embargo, existe el hecho de que los Estados Unidos, en su decisión definitiva, *no* aprobaron precisamente esta parte VII del Tratado de Versalles sobre *Penalties*.

Según mencionado anteriormente, los Estados Unidos no ratificaron el Tratado de Versalles, sino concertaron con Alemania un tratado separado de paz que fue firmado el 25 de agosto de 1921. En el art. II del tratado son enumeradas individualmente aquellas partes del Tratado de Versalles cuyos derechos y ventajas también reclamaban para sí mismo los Estados Unidos, entre ellas las partes V, VI, VIII, IX, etc. Pero falta la parte VII, es decir, precisamente aquella parte que contiene los artículos 227 y 228, o sea, los referentes a los crímenes contra la guerra. Con toda intención, esta parte no fue convertida en objeto de las relaciones internacionales entre los Estados Unidos y Alemania. Con ello, también quedaba excluido, para Alemania, todo el efecto de precedencia que quizá pudieran haber surtido, en otro caso, aquellas declaraciones de los delegados norteamericanos que formaban parte de la "Commission des Responsabilités des Auteurs de la Guerre".

Sin embargo, no debemos dejar de tener en cuenta, en esta relación, un criterio general muy distinto y ampliamente divulgado en los Estados Unidos. El prestigioso semanario norteamericano "The Literary Digest" llevó a cabo, hacia mediados del año 1920, una encuesta entre jueces norteamericanos a fin de averiguar su opinión acerca del procedimiento penal contra Guillermo II. De entre las 328 respuestas, 106 exigían la sentencia de muerte, 137 el destierro, 58 penas de privación de la libertad y otras, y sólo 27 se expresaban en contra de una condena. No puede negarse, pues, que existía una oposición entre la actitud

oficial y la opinión pública. El interrogante de lo que significa tal oposición para el crimen jurídico-internacional de la segunda guerra mundial, con respecto al principio del *nullum crimen sine lege*, es una cuestión especial que ha de quedar abierta en este lugar.

c) *El artículo del Tratado de Versalles sobre la responsabilidad de la guerra*

El art. 231 referente a la responsabilidad de la guerra no figura bajo la rúbrica de *Penalties*, sino bajo la de *Reparations*, estando enfocado, por tanto, más bien desde ángulos de vista económicos que jurídico-criminales. Se trata de reclamaciones financieras y económicas de los vencedores, que no representan indemnizaciones de guerra al estilo antiguo, sino reclamaciones de reparación de daños, es decir, reclamaciones legales que se derivan de una responsabilidad jurídica del vencido. No es preciso que nos dediquemos aquí al problema de la responsabilidad de la guerra en general, que ha sido tratado, como es bien sabido, en un número verdaderamente inmenso de publicaciones de toda índole. Las deliberaciones giran principalmente en torno a la cuestión de si las potencias medianas —según había afirmado ya la Entente en su nota de fecha 10 de enero de 1917— habían librado una guerra injusta de agresión y eran por ello responsables sin limitación alguna de todos los daños, o si la base jurídica de la reclamación de reparaciones residía en el hecho de que Alemania había aceptado en otoño de 1918 el Programa de Wilson, en especial la nota de Lansing del 5 de noviembre de 1918, y sólo estaba obligada a reparaciones en la medida en que lo establecía esta nota. Los delegados franceses partían casi siempre de construcciones jurídico-civiles. Así, por ejemplo, hicieron referencia al art. 823 del Código civil alemán, que establece una obligación a la indemnización de daños a raíz de un acto no permitido. Un italiano alegó motivos para la responsabilidad de Alemania por sus aliados, basándose en el art. 830 del Código civil alemán, como responsabilidad a raíz de una *societatis sceleris*. Estos son ejemplos de construcciones que están basadas, en numerosas variaciones, en el pensamiento de que la guerra librada por Alemania había sido una guerra

injusta y una guerra de agresión. Pero no puede decirse que, en este aspecto, se pensara convertir la guerra de agresión en un *crimen internacional* en el sentido jurídico-criminal. El reproche de que las potencias centrales, en su totalidad, habían librado una guerra de agresión sirvió para ampliar la extensión de las obligaciones de reparación y para negar toda clase de limitaciones, como por ejemplo la limitación a la reparación de la violación de la neutralidad belga, o a la reparación de los daños causados a la población civil.

En las deliberaciones de las que surgió el art. 231, fue precisamente el representante norteamericano, John Foster Dulles, quien hizo resaltar que la guerra como tal y en general no representaba ningún acto ilegal según el Derecho de Gentes en vigor. Aquí se refleja aún el concepto jurídico europeo del *iustis hostis*[136]. El propio presidente Wilson era partidario de la teoría de la guerra justa. Pero las conclusiones jurídicas que sacaba de ella no pueden percibirse claramente. Incluso en la cuestión de la responsabilidad moral de la guerra, su punto de vista no es simplemente jurídico-criminal. En su discurso del 26 de octubre de 1916, por ejemplo, dijo lo siguiente:

> La guerra no ha sido provocada por ningún hecho individual, sino que, en el fondo, es todo el sistema europeo el que lleva la responsabilidad de la guerra, su combinación de alianzas y entendimientos, una red complicada de intrigas y espionajes que ciertamente llegó a envolver a toda la familia de pueblos.

La correlación entre la guerra de agresión y la obligación a reparaciones fue tratada, finalmente, no sólo en las deliberacio-

[136] "Reparation would not be due for all damage caused by the war unless the war in its totality were an illegal act. This is by no means a conclusion which can be assumed in view of the fact that international law (see in particular the Hague Conventions) recognize the right of a nation, in the absence of a treaty engagement to the contrary, to declare and prosecute, in certain defined ways, war against another nation".

"Further in the condition of peace laid down in his address to Congress of January the eighth 1918, the President declared that the invaded territories must be restored as well evacuated and freed. The Allied Governments feel that no doubt ought to be allowed to exist as to what this provision implies. By it they understand that compensation will be made by Germany for all damage done to the civilian population of the Allied and their property by *the aggression of Germany* by land, by sea, and from the air".

nes de las Comisiones, sino también, en mayo de 1919, en un intercambio de notas entre la delegación alemana presente en Versalles y los Gobiernos aliados. La delegación alemana protestó en su nota contra el reproche de ser el único causante de la guerra, apoyándose en el argumento de que las obligaciones alemanas de reparación estaban basadas en la aceptación de la nota de Lansing del 5 de noviembre de 1918. Frente a ello, la nota de respuesta de los aliados hace resaltar que esta nota de Lansing contenía la palabra *agression*, y que Alemania, al aceptar la nota, también había reconocido la *responsabilidad de la guerra mundial*. En efecto, la palabra *agression* figura en la nota de Lansing.

También en este punto surgen, pues, lo mismo que en relación con los numerosos reproches de culpabilidad durante la discusión de la obligación a reparaciones, los siguientes interrogantes: ¿Queda ya expresado aquí un cambio total del sentido de guerra? ¿Se realiza ya aquí el paso del concepto político de guerra del Derecho de Gentes europeo interestatal a una guerra discriminatoria, es decir, justa en un lado e injusta en el otro? Y ¿puede ser considerada la palabra *agression*, en esta relación, como precedencia para la criminalización ya consumada de la guerra de agresión? Si se habla de una responsabilidad de Alemania y se considera que esta responsabilidad se deriva de la agresión, es absolutamente imaginable, hablando en términos generales, que con ello también se quiera decir que existe una responsabilidad jurídico-penal, circunstancia que ya representa un delito en el pleno sentido criminal. Pero en el caso concreto sólo se trataba de reparaciones, es decir, de prestaciones económicas y financieras de Alemania, y no de penas verdaderas como en la parte VII del Tratado de Versalles. No existía en modo alguno, en Versalles, el acuerdo de crear un nuevo crimen jurídico-internacional, ni tampoco existía el propósito de eliminar un concepto de guerra reconocido desde hacía doscientos años, que determinaba la estructura jurídica de todo el antiguo Derecho europeo de Gentes, con todas sus consecuencias para beligerantes y neutrales. Si ésta hubiera sido la intención, hubieran sido precisas otras declaraciones que expresaran una criminalización, y no sólo una declaración general de injusticia. El punto antes citado de la nota de Lansing se refiere únicamente a la invasión alemana de Bélgica, país neutralizado,

y a la cuestión de la cuantía de las reparaciones por los daños causados a la población civil. No se percibe en aquella nota un propósito de establecer, por encima de la declaración de esta injusticia, un nuevo concepto de guerra y de crear un nuevo tipo de crimen internacional.

Posteriormente a 1919, toda la cuestión de la responsabilidad de la guerra fue discutida principalmente en relación con la cuestión de las reparaciones. Los juristas de toda Europa eran demasiado conscientes de la diferencia entre una culpabilidad criminal de personas determinadas y una responsabilidad del Estado, que sólo motiva consecuencias financieras y económicas, para que hubiera podido quedar introducido, con la apreciación de un acto que no está legalmente permitido y que obliga a la indemnización de daños, un tipo totalmente nuevo de delito internacional en el sentido criminal.

Si la intención, en Versalles, hubiera sido la de un efecto semejante, hubiera sido preciso al menos que el Pacto de la Sociedad de Naciones declarara formalmente que la guerra de agresión, como tal, representaba un delito criminal, pero no fue así. En consecuencia, también quedó paralizado inmediatamente el posible efecto de precedencia que hubiera podido surtir la apreciación de que Alemania llevaba la responsabilidad de la guerra. Si aún era posible una duda en este aspecto, fue decidida a favor de la conciencia jurídica europea al retirarse los Estados Unidos, a pesar de la firma del presidente Wilson, a partir de 1919 de Versalles, aislándose así de los problema políticos de Europa. En el tratado especial de paz concertado con Alemania el 25 de agosto de 1921, se evitó deliberadamente, según hemos mencionado anteriormente, toda referencia a la cuestión de la responsabilidad por delito criminal.

b) *El intento de una criminalización de la guerra de agresión en el Protocolo de Ginebra de 1924.*

Los dos decenios de 1919 a 1939 fueron una época en que se intentó establecer un nuevo ordenamiento jurídico-internacional. El presidente de los Estados Unidos de América, W. Wilson, ya había realizado en la Conferencia de Paz de 1919 el intento más importante orientado hacia un nuevo ordenamiento,

pero los Estados unidos de América se retiraron posteriormente de Europa, abandonado a los pueblos europeos a su destino político. La visión que ofrecemos a continuación no ha de representar un cuadro completo del período caótico de transición de 1919 a 1939, sino únicamente contestar al interrogante de si los intentos de abolición y *outlawry* de la guerra que fueron realizados en esta época ya modifican el sentido de la guerra y sustituyen la guerra del Derecho europeo interestatal de Gentes por la acción contra el autor de un delito criminal.

Todo estadista europeo y todo ciudadano de cualquier Estado europeo sabía que la cuestión de la abolición de la guerra era materialmente una cuestión del desarme y de la seguridad; únicamente podía valorar las formulaciones jurídicas de la abolición de la guerra según su resultado práctico. Los numerosos proyecto discutidos, con sus diferenciaciones sutiles, tenían que producirle necesariamente la impresión de ser productos de la presunción de soberanía de los diferentes Estados europeos, y era natural que interpretara las complicadas formulaciones jurídicas de compromiso como maniobras políticas de los Gobiernos que luchaban a favor o en contra de una revisión del Tratado de Versalles. La fuerte impresión que pudiera causarles la amplia participación de ciudadanos norteamericanos —deseo evocar nombres como James Brown Scott, James T. Shotwell y Hunter Miller— era contrarrestada por el hecho de que el Gobierno de los Estados unidos de América seguía estrictamente una política de neutralidad e incluso de aislamiento. Era sorprendente el contraste entre la opinión publica y la política oficial de los Estados Unidos.

Efectivamente, el gran intento de una criminalización jurídico-internacional de la guerra suscitó en aquel entonces una serie de antítesis difíciles, impenetrables para el sentido del derecho del hombre sencillo: la oposición entre el modo de pensar jurídico y el político, la diferencia entre obligación moral y obligación jurídica, la oposición entre problemas políticos y problemas económicos. Y, en último término, no debe pasar inadvertida la contradicción entre presencia privada y ausencia oficial que en aquella época era un aspecto característico de las relaciones que los Estados Unidos mantenían con Europa. En la exposición siguiente, hemos de tener presentes

las dificultades especiales que se derivaban de estas numerosas antítesis.

aa) *Los antecedentes del Protocolo de Ginebra del 2 de octubre de 1924*

El Pacto de la Liga de Ginebra de 1919 incluía normas para la prevención de la guerra (arts. 10 a 17). Era violador de la paz el Estado que recurriera a una guerra (*resort to war*) sin haber seguido previamente un procedimiento determinado. Como sanciones de esta violación de la paz eran previstas medidas financieras, económicas y militares por parte de los demás miembros (art. 16). No se hacía mención de una criminalización de la guerra como tal. El pensamiento de la igualdad de derechos de todos los Estados sobre la base de la soberanía idéntica aun era demasiado vigoroso en 1919 para que el Pacto de la Sociedad de Naciones pudiera incluir, aunque sólo implícitamente, una prohibición jurídico-criminal de la guerra. Hubo quizá algunas tentativas que se hubieran podido utilizar para ello a través de una interpretación práctica. Pero los Estados Unidos de América, cuya influencia se había impuesto en la Conferencia de París de 1919, se mantuvieron oficialmente apartados de la Liga.

En los años 1920 a 1924 se realizaron numerosos intentos y se presentaron diferentes propuestas a fin de consolidar el sistema de prevención de la guerra de la Liga de Ginebra. Sin embargo, no se llegó a un acuerdo en el sentido de que la guerra, o determinados tipos de guerra, debían representar un crimen internacional de determinadas personas que estaría sujeto a sanción. Para un jurista del modo de pensar europeo-continental, era natural que la mera utilización del término *crimen* no significaba, para el Derecho de Gentes, una criminalización en el sentido de la frase *nullum crimen, nulla poena sine lege* en tanto no estuvieran determinados y designados, en palabras concisas, el supuesto de hecho, el autor, la pena y el tribunal[137].

[137] Ello fue destacado expresamente, en aquel entonces, por Donnedieu de Vabres; comp. la conferencia del profesor Undén en la Escuela superior de Política de Berlín del 31 de enero de 1930 (Publicaciones de la Fondation Carnegie, "Bulletin", 6, París, 1930, pág. 24).

En el Protocolo de Ginebra del 2 de octubre de 1924 para la regulación pacífica de las diputadas internacionales, sin embargo, figura efectivamente la frase de que la guerra de agresión representa un crimen internacional. Con ello, la idea de que la guerra es un delito halló, para Europa, su primera formulación de amplia proyección. Con anterioridad, habían sido elaborados proyectos de un pacto de garantía y un tratado de ayuda mutua en los que también se hacía mención de que la agresión o la guerra de agresión constituye un crimen internacional. Ninguno de estos proyectos llegaría a ser formalizado como acuerdo internacional. Tampoco entró en vigor el Protocolo de Ginebra, si bien fue aceptado como propuesta en la 5ª Reunión de la Sociedad de Naciones del 2 de octubre de 1924 siendo firmado por los siguientes Estados: Albania, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Checoslovaquia, Chile, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Haití, Letonia, Liberia, Paraguay, Polonia, Portugal, Uruguay y Yugoslavia. El Protocolo fue ratificado únicamente por Checoslovaquia (el 28 de octubre de 1924). Su fracaso fue debido principalmente a la resistencia de Inglaterra. La declaración del Gobierno inglés, pronunciada por Sir Austen Chamberlain el día 12 de marzo de 1925 ante el Consejo de la Liga de Ginebra, representa un documento de especial importancia que será citado más adelante.

El Protocolo de Ginebra de 1924 fue el resultado de la iniciativa de un grupo de ciudadanos americanos, cuyo portavoz era James T. Shotwell, profesor de Historia de la Universidad de Columbia y miembro de la delegación americana en la Conferencia de Paz de París[138]. El Consejo de la Liga de Ginebra,

[138] En este lugar ha de hacerse mención especial de James Shotwell. Su conferencia en la Escuela Superior Alemana de Política de Berlín en marzo de 1927 ha sido calificada, con toda razón, de primer acto europeo preparatorio del Pacto Kellogg. Esta conferencia (publicada como cuaderno 8 de la Colección Politische Wissenschaft, Berlín-Grunewald, 1929) es de la mayor importancia, puesto que en ella es trazado el horizonte histórico-filosófico del cambio del sentido. Shotwell considera la guerra como una cuestión perteneciente al estadio pre-científico y pre-industrial de la historia de la humanidad. En este estadio, el acontecer aún era —de modo calculable— estático, cíclico dentro de la repetición de las estaciones. La actualidad científico-industrial, en cambio, es incalculable, dinámica, de manera que la guerra ya no puede ser controlada, por lo que debe ser abolida y sustituida por una jurisdicción internacional. Así, pues, al ser emprendida cualquier acción contra un agresor también debería entrar en función un tribunal internacional que controlara dicha acción.

en su sesión de junio de 1924, tomó la resolución de llevar a cabo una "action of imprecedented nature", o sea, la de someter a la Liga, como documento oficial, un informe de este grupo, el llamado Proyecto Shotwell; de modo que un número de personas privadas, "distinguished americans", ejerció una influencia inmediata sobre una resolución importante, a pesar de que los Estados Unidos no eran miembros de la Sociedad de Naciones y se habían distanciado, en un aislacionismo fundamental, de todos los problemas políticos de Europa. Este Proyecto Shotwell llevaba el título "Outlawry of Aggressive War" y declaraba que la guerra de agresión era un crimen, calificando, sin embargo, únicamente al *Estado* de autor de tal crimen[139]. Seguía a continuación una definición más detallada de los actos de agresión y de las sanciones. Estas últimas no eran de índole jurídico-criminal, sino principalmente de carácter económico, pero, no obstante, cualquiera de las potencias signatarias podía tomar medidas coercitivas contra el Estado agresor. Además, el Estado culpable había de restituir los gastos que su agresión hubiera causado a los demás Estados signatarios.

bb) *El contenido del Protocolo de Ginebra*

El propio Protocolo de Ginebra declara asimismo que la guerra de agresión representa un crimen, pero también habla únicamente del *Estado* como agresor y autor del nuevo crimen internacional y respeta la soberanía estatal, es decir, el obstáculo efectivo para una criminalización de la guerra en un verdadero sentido jurídico-criminal. Las sanciones previstas son de orden financiero, económico y militar, y únicamente están dirigidas contra el Estado como tal, no haciéndose referencia alguna a causantes determinados de la guerra, por ejemplo al jefe de Estado, miembros del Gobierno u otras personas responsables,

[139] Art. 1: "The high contracting parties solemnly declare that aggressive war is an international crime. They severally undertake not to be guilty of its commission". Art. 2: "A *State engaging in war for other than purposes of defense commits the international crime* described in art. 1". Art. 3: "The Permanent Court of International Justice shall have jurisdiction, on the complaint of any signatory, to make a judgement to the effect that the international crime described in art. 1 has or has not in any given case been committed".

como autores del nuevo crimen, sino todo lo contrario. En el art. 15, ap. 2, del Protocolo de Ginebra se señala que el *Estado* agresor, al que son aplicadas las sanciones, ha de correr con todos los gastos que representen las mismas hasta el último límite de sus capacidades, pero que por los demás (en virtud de la garantía territorial concedida a todos los miembros de la Liga en el art. 10 del Pacto), no debe ser perjudicado ni en su integridad territorial ni en su independencia política[140]. Probablemente, tal consideración frente al Estado agresor criminal y su independencia política hubiera sido incompresible para la opinión pública norteamericana. Se revela aquí la fuerza que, aún poseía en los Gobiernos europeos representados en Ginebra la idea de la consideración frente a la autoridad estatal reconocida. En tales sanciones que evitan hablar de una condena por delito criminal, ningún jurista del Derecho penal europeo-continental vería un propósito consciente de criminalización ni una base suficiente para un castigo por delito criminal. El crimen de que es tachada la guerra de agresión, es, en tal caso, simplemente un tipo especial de delito jurídico-internacional. Correspondía, desde luego, a la tradición antigua del Derecho europeo de Gentes el distinguir estrictamente el delito jurídico-internacional de un delito criminal intraestatal. Incluso el empleo del término *crimen* no hubiera significado una criminalización al estilo del Derecho penal que hasta entonces era puramente intraestatal. Acerca de un posible paralelo con la piratería habría de hablarse en otra relación; pero, desde luego, en este Protocolo de Ginebra no se hace mención de una posible equiparación de la agresión o de la guerra de agresión a la piratería.

cc) *El supuesto de hecho del nuevo crimen: acto de agresión, guerra de agresión, guerra injusta*

Es de suponer que en los Estados Unidos de América, amplios círculos de la opinión pública consideraban los térmi-

[140] "Toutefois, vu l'article 10 du Pacte, il ne pourra, comme suite à l'application des sanctions visées au présent Protocole, être porté atteinte en aucun cas à l'intégrité territoriale ou à l'indepéndance politique de l'Etat agresseur".

nos *outlawry* de la guerra y *crime* como una criminalización suficiente en el sentido de que a los causantes de la guerra que fueran considerados responsables, les podía ser impuesta, sin más, una pena por delito criminal. Sin embargo, aún no había quedado aclarado de manera inequívoca ni siquiera el supuesto de hecho del nuevo crimen. Si se recuerda los esfuerzos insistentes del Protocolo de Ginebra de 1924 y de la Conferencia de Desarme de 1932-34, se llega a apreciar claramente el contraste que existe entre los métodos de los juristas europeos continentales y el modo de percepción de la opinión pública de Norteamérica en cuanto se trata del problema de la abolición de la guerra. Esta profunda oposición sólo puede ser superada mediante el esclarecimiento de la cuestión jurídica del verdadero supuesto de hecho del nuevo crimen internacional. Es preciso comprobar exactamente si en todos estos esfuerzos para una *outlawry* de la guerra se habla de la *guerra* de agresión como una guerra en general (surgiendo entonces el ulterior interrogante de si las sucesivas evoluciones de tal guerra, las guerras de coalición, etc., representan una acción en conjunto), o si se habla de la *agresión* misma como un supuesto de hecho específico que ha de distinguirse jurídicamente de la posible guerra que le siga. Es evidente que el efectuar el primer disparo o el ser el primero en cruzar la frontera no es lo mismo que ser el causante de la guerra en su totalidad. El crimen de la guerra, el crimen del ataque, el crimen de la guerra de agresión y, en último término, el crimen de la guerra injusta son, evidentemente, crímenes distintos con supuestos de hecho muy diferentes; sin embargo, se confunden cuando se trata de una condena general de la guerra, y a una gran parte de la opinión pública norteamericana, su diferenciación le parecía ser un artificio jurídico.

La distinción entre guerra de agresión y acto de agresión sólo es artificial y formalista a primera vista. En cuanto se plantea la cuestión de cuáles han de ser, en realidad, los actos por los que se castiga a personas como criminales, se hace necesaria una determinada precisión jurídica. En el aspecto jurídico, la diferenciación en sí no es difícil de comprender y en el fondo es incluso imprescindible. Toda guerra, y también la guerra de agresión, es normalmente, como guerra, un proceso bilateral, una lucha en dos lados. La agresión, por el contrario, es un acto unilateral. El interrogante acerca de la justicia o

injusticia de la guerra, incluida la guerra de agresión, en su totalidad significa algo completamente distinto del interrogante acerca de la justicia o injusticia de un acto determinado de agresión, independientemente de si este acto de agresión conduce a una guerra o es detenido a tiempo. La agresión y la defensa no son conceptos morales absolutos, sino procesos determinados por una situación.

Desde luego, este estado de cosas es paleado a veces, de modo inconsciente, por el hecho de que, en el uso del idioma inglés, el término *aggressor* es entendido como violador y se hace idéntico al *offender*. Así, por ejemplo, en *Blackstone's Commentaries of the Laws of England* se señala los siguiente: "And indeed, as the public crime is not otherwise revenged than by forfeiture of life and property, it is impossible afterwards to make any reparation for the private wrong; which can only be had from the body of goods of the aggressor". Y lo mismo en el idioma francés: "Attaque est l'acte, le fait; agression est l'acte, le fait consideré moralement et pour savoir à qui est le premier tort", según la definición del famoso *Dictionnaire de la Langue Française de Littré*. Pero, no obstante, la agresión y la defensa pueden ser meramente métodos que cambian según la situación. En todos los grandes conflictos bélicos, tan pronto se encuentra en la ofensiva o en la defensiva un lado que el otro. Quien haya hecho el primer disparo o haya cruzado primero la frontera, es decir, quien sea el agresor en un determinado momento de un conflicto bélico, no es preciso que lo siga siendo, por ello, en el transcurso de todo el conflicto. Tampoco es preciso, según hemos destacado anteriormente, que sea el autor, causante o culpable de toda la cuestión y que siempre haga injusticia. Del mismo modo, aquel que en un momento determinado y en una situación determinada es empujado a la defensiva, no tiene por ello, necesariamente, razón en todo momento y en toda la cuestión.

Era necesario recordar el significado lingüístico de agresión y defensa por la razón de que la prohibición de la agresión no significa lo mismo que la prohibición de la guerra de agresión. Ya hemos demostrado (pág. 108 y sig.) que originalmente, en el siglo XIX, se hablaba de un *crime de l'attaque* (y no de *l'aggression*), por lo cual se hace más patente la situación jurídica que en el idioma alemán, en el que el término *Angriff* no sólo tiene el significado (sin carga valorativa) de *aggression*, sino también

designa la categoría *axiológicamente neutra de attaque* o de *attack*. Naturalmente, ambas cosas son injustas si ambas están prohibidas. A pesar de ello, el crimen del primer disparo sigue siendo otra cosa que el crimen de la guerra, y el crimen de la guerra de agresión es otra cosa que el de la guerra injusta. Si ha de ser legalmente prohibida la guerra como tal, sólo se trata, como es natural, de la guerra injusta. La prohibición de la guerra de agresión no es, simplemente, un caso de prohibición de la guerra injusta, pues también hay guerras de agresión justas, según ha destacado siempre la teoría tradicional acerca de la guerra justa. Sobre todo siempre queda reservado el derecho de defensa propia y con ello una cierta decisión en cuanto a los medios necesarios para la auto-ayuda, de manera que puede prácticamente convertirse en realidad la antigua frase de que la agresión es la mejor defensa. La cuestión de la justicia de una guerra no puede ser aislada, en realidad, de la cuestión de la *iusta causa*, es decir, de las causas de la guerra y de todo el nexo de la política exterior.

Todos los esfuerzos en torno a la abolición de la guerra se enfrentaron inmediatamente con el hecho de la vinculación entre los tres grandes problemas materiales, que representan más bien problemas políticos que jurídicos, si es que se quiere establecer la diferencia entre jurídico y político: seguridad, desarme y *peaceful change*. Haciendo referencia a estos problemas materiales, es decir, a la cuestión de la causa justa, el Gobierno inglés rechazó el Protocolo de Ginebra de octubre de 1924, y de este modo lo hizo fracasar. Ello quedó expresado con toda claridad en la declaración detallada del Gobierno inglés que hemos mencionado anteriormente, y que fue pronunciada por Sir Austen Chamberlain el día 12 de marzo de 1925 ante la Sociedad de Naciones de Ginebra[141].

[141] "The brooding fears that keep huge armaments in being have little relation to the ordinary misunderstandings inseparable from internacional (as from social) life, misunderstandings with which the League is so admirably fitted to deal. They springs from deep-lying causes of hostility, which for history or other reasons divide great and powerful States. These fears may be groundless; but if they exist they cannot be effectually laid by even the most perfect method of dealing with particular disputes, by the machinery of enquiry and arbitration. For what is feared in such cases is not injustice but war —war delibe— rately undertaken for purpose of conquest or revenge".

El interrogante acerca de la justicia o injusticia de una guerra y acerca de las vinculaciones más profundas de la responsabilidad de la guerra conduce, como es natural, a complicadas discusiones históricas, políticas, sociológicas y morales, no pudiendo esperarse el momento de su resolución si se quiere conseguir un resultado práctico. En cambio, es más fácil contestar el interrogante acerca de la justicia o injusticia del acto singular de agresión, en todo caso cuando se logra aislar, dejando aparte las cuestiones más profundas de responsabilidad, el acto de agresión como un supuesto jurídico de hecho para luego definirlo con exactitud y prohibirlo como tal.

Los esfuerzos realizados durante decenios para lograr una definición jurídicamente útil de la agresión y del agresor se explican por esta mayor definibilidad del acto de agresión, y no por tendencias formalistas. Se buscaba una fijación precisa para definir de la manera más clara y sencilla posible la agresión y el agresor; así, por ejemplo, ha de ser agresor aquel que sea el primero en aplicar la fuerza militar, o aquel que sea el primero en atentar contra la inviolabilidad territorial del adversario o en declarar una guerra sin haberse atenido previamente a plazos determinados o a un procedimiento determinado. Lo ideal es, en este aspecto, hallar un criterio sencillo que pueda aplicarse simplemente a un estado de cosas, de modo que quizá se haga patente, *ipso facto*, quién es el agresor sin que sea necesario investigar las complicadas y a veces impenetrables circunstancias políticas exteriores. La limitación al acto de agresión es, por lo tanto, conveniente e incluso necesaria, precisamente para evitar el difícil interrogante de la causa justa, es decir, de la guerra justa y de la responsabilidad de la guerra.

La singularidad y peculiaridad de este método, seguido sobre todo por juristas franceses, consiste, pues, en que, sin consideración a la justicia o injusticia de un *status quo*, sea iniciado en primer lugar un procedimiento ordenado a fin de tener un punto de arranque para un procedimiento ulterior jurídicamente utilizable. Es aceptado el carácter externo y formalista de este método con el fin de detener lo más rápidamente posible el acto de agresión y el empleo de la violencia y evitar que llegue a estallar la guerra. En otras palabras, se trata de una protección provisional de la posesión, un *interdictum possidetis*. Es protegido jurídicamente el estado momentáneo de la pose-

sión, en un principio sin tener en cuenta si éste es justo o injusto y si el agresor tiene una buena razón o tan sólo un derecho moral a una modificación de la situación existente.

En el art. 10 del Pacto de Ginebra, los miembros de la Liga ya habían acordado una protección contra tal *agresión*. Naturalmente, ello debía servir, en definitiva, a la prevención de la guerra, pero, no obstante, el supuesto de hecho de la agresión era distinguido con suficiente claridad del de una *guerra*. En el art 16 antes mencionado del Pacto, se estipulaba que los miembros de la Liga aplicarían sanciones económicas, financieras y militares contra aquel miembro que recurriera a la guerra (*resort to war*). Si bien aquí figura la palabra guerra y no *agresión*, muy pronto se hizo evidente que el término "guerra" no significaba en este lugar guerra, sino agresión, precisamente porque lo importante era evitar la guerra y detener la agresión antes de producirse la guerra. Jurídicamente, la agresión tenía que diferenciarse, como supuesto independiente de hecho, de la guerra ya por la sola razón de que las obligaciones contractuales a sanciones y al apoyo, relacionadas con la agresión, debían entrar en vigor sin que fuera preciso esperar el comienzo de una guerra. Sobre todo tras el Pacto de Locarno de 1925 y los numerosos pactos de no-agresión que también habían sido concertados, desde esta época, por países no-miembros de la Liga, como la Unión Soviética, al menos los diplomáticos y juristas llegaron a tomar conciencia de la particularidad jurídica del acto de agresión frente a la guerra de agresión. En la Conferencia de Desarme de 1932-34, se agudizaron y profundizaron extraordinariamente las discusiones acerca de la definición del agresor y de la agresión a raíz del informe del delegado e informador griego, Politis, y de un proyecto soviético de declaración defendido por el Comisario del Exterior Litvinov. Sin embargo, el núcleo jurídico del gran problema continuó siendo siempre el mismo.

Se trata aquí de cosas que son absolutamente familiares a todos los juristas del Derecho de Gentes, pero que son por completo desconocidas y extrañas a la opinión pública de amplios sectores. Por ello, me parece necesario recordar el sentido práctico de esta diferenciación entre la agresión y la guerra de agresión, puesto que aquí se hace patente, al propio tiempo, la profunda oposición entre el modo de pensar puramente jurídico y el puramente humano. Sobre todo, no debe dejar de tenerse

en cuenta que, si bien la prohibición del acto de agresión —con todos los numerosos y complicados compromisos y esfuerzos para una definición de la agresión y del agresor— ha de servir, en su resultado, a la prevención de una guerra injusta, *abstrae* en un principio, con plena conciencia, de la justicia de la propia guerra, *de la causa justa*. Uno de los primeros y más eminentes precursores de la regulación pacífica de todos los conflictos internacionales, Lord Robert Cecil, autor de un importante proyecto de tratado de garantía (1923), formuló la diferencia con la mayor claridad. Expone la necesidad de una determinación rápida y sencilla del agresor, que ha de ser realizada por la Liga de Ginebra con una mayoría de tres cuartas partes de los votos. El tratado de garantía que sea concertado debe definir como agresor a aquel que viole intencionada y premeditadamente el territorio de otro. Seguidamente, el famoso defensor inglés de la paz subraya con toda agudeza que no se trata de cuál sea el lado que tiene una buena razón, sino únicamente de quién haya cometido el primer acto de hostilidad[142].

Cualquier jurista comprenderá fácilmente que de esta manera la definición precisa de la agresión es separada totalmente, con toda intención, de la cuestión de la guerra justa en el caso determinado. La diferencia entre un *possessorium* y un *petitorium* es familiar desde hace siglos al modo de pensar jurídico de los pueblos civilizados, así como también la separación entre un procedimiento jurídico abstracto o formal y su *causa*. Tanto más estrictamente tomará un jurista en consideración tales diferencias cuando el propósito en el de la precisión de un supuesto de hecho que ha de tener como consecuencia no sólo sanciones económicas y militares contra un Estado como tal, sino también amenazas de penas jurídico-criminales contra determinadas personas, o sea, cuando se trata de una auténtica criminalización en la que se tiene en cuenta la frase del *nullum crimen* y el *due process of law*. Pero el gran problema de la guerra no preocupa tan sólo a los juristas, sino también a la opinión pública de amplios círculos y grandes masas, que

[142] "La question à trancher par le Conseil n'est pas de savoir où est le bon droit dans le litige, mais de savoir qui a commis le premier acte d'hostilité. Le traité spécifiera à cet effet que tout Etat qui violera de propos délibéré le territoire d'un autre Etat sera considéré comme l'aggresseur".

considera la abstracción jurídica de la causa justa como un formalismo artificial o incluso como una distracción sofística de la verdadera gran tarea. Desde luego, una abstracción semejante es casi tan difícil de realizar como lo es la imaginación de un *iustus hostis*, es decir, de un enemigo que posiblemente tenga razón. Pero, además, presupone una *justicia* internacional eficiente, todavía inexistente, y que ayude a la causa justa a conseguir un rápido triunfo incluso frente a la protección provisional de la posesión. Sin la institución simultánea de tribunales internacionales imparciales, la antigua frase de que el ataque es la mejor defensa se invertiría en el sentido de que la defensa puede ser el mejor y más eficaz ataque.

El dilema de la diferencia entre un modo de pensar jurídico y un modo de pensar político se hace evidente aquí de una manera especialmente difícil y peligrosa. Por una parte, es necesaria la precisión jurídica si verdaderamente ha de ser alcanzado el objetivo, o sea, una criminalización de la guerra, y por otra, la justicia o injusticia material (que es sentida profundamente en especial por las masas) y la responsabilidad de la guerra pasan a un segundo plano, y las causas más profundas de la guerra, como por ejemplo el rearme general y la falta de seguridad, no son tomadas en consideración, deliberadamente, en tales definiciones del agresor. Se hacía cada vez más agudo el dilema entre un tratamiento jurídico-formal de la prohibición de la guerra, de acuerdo con el Protocolo de Ginebra de 1924, y una resolución político-moral-material de los grandes problemas de las causas de la guerra, como rearme y seguridad. Aplicado a un problema tan monstruoso como el de una guerra a base de los modernos medios de destrucción, el dilema se convertía en una verdadera pesadilla. En una situación caótica como la de Europa en el período de 1919 a 1939, el hombre de la calle tenía la sensación, ante este dilema, de que la prohibición de la guerra y la declaración de que la guerra es un crimen estaban sujetas a complicadas reservas jurídicas, pero que no significaban propiamente la eliminación simple y elemental del peligro de guerra. Esta es la gran experiencia que sufrieron todos los pueblos europeos, tanto revisionistas como antirrevisionistas, en la época de 1919 a 1939, y que fue la causa de que todos los esfuerzos del Protocolo de Ginebra resultaran inútiles.

La declaración oficial antes mencionada del Gobierno inglés

del 12 de marzo de 1925, que llevó al fracaso del Protocolo de Ginebra, expresa abiertamente esta dificultad y este dilema. En especial, hace resaltar que ante tales definiciones "cancillerescas" del agresor no puede distinguirse si determinadas acciones militares sirven para fines de defensa o no[143]. En esta declaración del Gobierno inglés se señala, además, que tales determinaciones formales de la agresión y del agresor no fomentan, sino más bien impiden la resolución del verdadero problema, o sea las causas de la guerra, así como el desarme, puesto que hacen precisos preparativos para la lucha contra un posible agresor, y puesto que, debido a la obligación a la ayuda, se produce una extensión de la guerra, lo cual se convierte en un peligro especial cuando la ayuda está dirigida contra aquellos no-miembros de la Sociedad de Naciones de Ginebra cuya fuerza de resistencia económica no es escasa[144].

El Protocolo de Ginebra, con su ideal de una prohibición automática de una agresión, tuvo que partir del *status quo* territorial de aquella época y se vio mezclado por ello en la violenta discusión entre el revisionismo y el antirrevisionismo. Fueron precisamente pacifistas ingleses los que, para evitarlo, se esforzaron en colocar en el centro de la discusión el problema de un cambio pacífico, un *peaceful change*, para conseguir de esta forma una prevención no sólo jurídico-formal, sino también político-material de la guerra mediante la eliminación de sus causas. La impresión que causaron generalmente, al menos en Europa, aquellos esfuerzos formales del Pacto de Ginebra se reflejan en la conocida frase de que definiciones totalmente

[143] "It may be desirable to add that, besides the obvious objections to those clauses already indicated, their great obscurity, and the inherent impossibility of distinguishing, in any paper definition, military movements genuinely intented for defense, and only for defense, from movements with some ulterior aggressive purpose, must always make them a danger to the unwary rather than a protection to the innocent. They could never be accepted as the stand".

[144] El problema de la correlación entre la obligación a la ayuda y la causa de la guerra justa es muy antiguo (comp. texto anterior, pág. 98, nota, el *ius protectionis sociorum como iustus titulus* en Vitoria). En cuanto a la observación citada en el texto; deseo recordar una afirmación de Cicerón citada con frecuencia. El gran orador dijo, con toda seriedad, que los romanos únicamente habían librado guerras justas. Pero, sin embargo, considera la ayuda a aliados como motivo para la guerra justa. De este modo, no es difícil demostrar que los romanos sólo libraron guerras justas.

formales de la agresión y del agresor se convierten en "trampa para el inocente y poste indicador para el culpable"[145]. En esta frase citada con frecuencia se expresa el profundo dilema que existe entre los intentos jurídicos para lograr una prohibición legal de la agresión y las exigencias morales de una abolición inmediata de la guerra.

El Protocolo de Ginebra de 1924 fracasó por la razón de que no formuló —y ni siquiera quiso formular— una respuesta en cuanto a los aspectos materiales de la cuestión de la guerra justa. La impresión que este fracaso produjo a los pueblos y Gobiernos europeos, y en especial la impresión que causó la declaración del Gobierno inglés del 12 de marzo de 1925, fue muy profunda, impidiendo así que se consolidara en Europa la conciencia jurídica en cuanto al establecimiento de un nuevo crimen internacional. Sin embargo, los fomentadores norteamericanos de un *outlawry of war* no se hicieron desconcertar por este fracaso y consiguieron en 1928, mediante el Pacto Kellogg, una condena formal de la guerra como medio de la política nacional.

A raíz del Pacto Kellogg de 1928 se produjo un cambio del aspecto universal del Derecho de Gentes. Ello es más importante que cualquier detalle de la normalización o formulación de este Pacto, más importante que la interpretación de su condena de la guerra, y también más importante que la interpretación de las numerosas reservas expresas y tácitas que contenía. En este momento, apareció en el escenario el hemisferio occidental y determinó la ulterior modificación del sentido de la guerra. No tuvo éxito ninguno de los intentos de hacer compatible la condena de la guerra, expresada por el Pacto Kellogg, con el Estatuto de la Liga de Ginebra y el Protocolo de Ginebra. Al propio tiempo, la Unión Soviética comenzó a ejercer su influencia, desde el Este, en la determinación del cambio del sentido de la guerra. En la Conferencia de Desarme y las Convenciones de Londres de julio de 1933, ya había tomado la dirección en el problema de la definición de la agresión y del agresor. De este modo, las fuerzas que, procedentes del Oeste y del Este, llega-

[145] La formulación procede de un discurso de Sir Austen Chamberlain en la Cámara de los Comunes del 24 de noviembre de 1927; la frase decisiva es la siguiente: "I therefore that it will be a trap for the innocent and a sign-post for the guilty".

rían a desvirtuar el concepto de guerra del Derecho europeo de Gentes, pasaron por encima de los Estados europeos, que habían perdido la seguridad de sí mismos. Finalmente, el Oeste y el Este coincidieron en el Estatuto de Londres del 8 de agosto de 1945 y llegaron a unirse por un momento, y la criminalización siguió entonces su curso.

Finalizaremos en este punto nuestro análisis. Solamente hemos de completar aún, en algunas direcciones, el aspecto global enfocado desde el Oeste.

5. El hemisferio occidental

Con la línea del hemisferio occidental había sido opuesta a las líneas —centradas en Europa— de la imagen global del mundo una nueva línea global que ya no estaba centrada en Europa, sino que, por el contrario, ponía en duda la vieja Europa. La historia jurídico-internacional pública de esta nueva línea da comienzo en el momento de la proclamación de la llamada Doctrina Monroe en diciembre de 1823.

1. En el testamento político del presidente General Washington, la famosa carta de despedida de 1796, aún no se habla de un hemisferio occidental geográficamente determinado. En cambio, el mensaje del presidente Monroe, del 2 de diciembre de 1823, utiliza la palabra hemisferio con toda conciencia y con una acentuación específica. Denomina su propio espacio tanto *América* como *este continente* o *este hemisferio* (this hemisphere). Con o sin intención, el término *hemisphere* aparece en relación con la afirmación de que el sistema político del hemisferio occidental, como régimen de libertad, es opuesto al sistema político, de índole distinta, de las monarquías absolutas de Europa. La Doctrina Monroe y el hemisferio occidental son dos conceptos que desde entonces van unidos y que designan el ámbito de los *special interest* de los Estados Unidos[146]. Con ello, se define un espacio que se extiende más allá de las fronteras del *territorio estatal*, un gran espacio en el sentido del Derecho de Gentes. La

[146] A. Lawrence Lowell, *The Frontiers of the United States*, en la revista norteamericana "Foreign Affairs", tomo 17 (1931), pág. 663 y siguiente.

tradicional teoría americana del Derecho de Gentes lo había construido jurídicamente como una zona de defensa propia. En el gran mundo, todo imperio auténtico siempre ha hecho valer su derecho a tal ámbito de soberanía espacial que alcanzara más allá de las fronteras estatales. Pero los juristas de los Estados centroeuropeos, tan amontonados y empeñados en su territorialismo exclusivo del espacio reducido, sólo eran conscientes en pocas ocasiones de este estado de cosas. Durante cien años se habló de la Doctrina Monroe sin que su significado para la estructura del espacio de la tierra, basada en el Derecho de Gentes, hubiera llegado a ser objeto de reflexión. Ni siquiera existía un interés especial por la determinación geográfica exacta del hemisferio occidental, pues para la conciencia de aquel entonces, América aún estaba muy lejana de Europa.

En el año 1939, parecía en un principio que el término hemisferio occidental estaba quedando consolidado. Era utilizado en declaraciones importantes del Gobierno de los Estados Unidos, de modo que al comienzo del nuevo conflicto mundial, casi parecía convertirse en un lema de la política norteamericana[147]. Por ello, era natural que llamara la atención que otras declaraciones americanas que no procedían del Gobierno de Washington, en especial las resoluciones comunes de los Ministros americanos del Exterior de Panamá (octubre de 1939) y de La Habana (julio de 1940), no emplearan el término "hemisferio occidental", sino hablaran simplemente de "América", del "Continente americano" (en singular) o de "regiones que geográficamente forman parte de América". Por otro lado, el Presidente del Brasil, por ejemplo, señaló a principios de mayo de 1943, en su toma de posición acerca de la ocupación americana de la isla francesa de Martinique, que esta isla pertenecía al hemisferio occidental.

Para el problema del espacio del Derecho de Gentes actual,

[147] Así, la comunicación del Gobierno de los Estados Unidos de junio de 1940, que fue entregada a los Gobiernos de Alemania y de Italia, así como a otros Gobiernos europeos, incluye el siguiente pasaje: "De acuerdo con la política tradicional con respecto al hemisferio occidental, los Estados Unidos declaran que no permitirán el traspaso de ninguna región perteneciente geográficamente al hemisferio occidental de una potencia americana a una potencia no-americana". Acerca de ello véase JESSUP, *American Journal of International Law*, 34 (1940), página 709.

la declaración antes citada de Panamá del 3 de octubre de 1939 tiene un significado muy especial que hemos de analizar en este lugar. Esta declaración establece una *zona de seguridad* para la protección de la neutralidad de Estados americanos, dentro de la cual los beligerantes no deben realizar actos de hostilidad[148]. La línea de la zona neutral de seguridad transcurre, a ambos lados de las costas americanas, a una distancia de hasta 300 millas marítimas por el Océano Atlántico y el Océano Pacífico. Ante la costa brasileña alcanza el meridiano 24 al Oeste de Greenwich, aproximándose, pues, al meridiano 20 que habitualmente representa la línea de separación cartográfica entre Oeste y Este. Esta zona americana de seguridad perdió muy pronto su importancia práctica, puesto que quedó anulada la neutralidad de los Estados americanos que había sido su supuesto. A pesar de ello, continúa siendo de importancia fundamental para el problema espacial del moderno Derecho de Gentes. En primer lugar, la declaración de Panamá se atiene, contrario a la política de los Estados Unidos que rebasa tales fronteras tradicionales, al concepto de América y a la limitación implicada en el mismo. Además, su efecto es grande, y puede decirse incluso sensacional, puesto que salta de un golpe de tres a trescientas millas y convierte así, de la manera más generosa, en un absurdo las medidas de la tradicional zona de las tres millas y la dimensión habitual de las aguas litorales. Y en último término, también somete el océano libre a la idea de los grandes espacios al introducir, en favor de los neutrales, un nuevo tipo de exclusión de espacios de mar libre como escenario de guerra. El *two-spheres-aspect of the Monroe Doctrine*, es decir, su aspecto terrestre y su aspecto marítimo, experimentó una modificación importante a raíz de la Declaración de Panamá de octubre de 1939. Anteriormente no se pensaba en general, al hablar de la Doctrina Monroe, más que en la tierra firme del hemisferio occidental y se presuponía, con respecto al océano, la libertad de los mares

[148] En el párrafo decisivo se señala lo siguiente: "como medio de la autoprotección continental, las Repúblicas americanas pueden reclamar, en tanto conserven su neutralidad, como derecho hereditario el que las aguas contiguas al continente americano que consideren de especial importancia y de utilidad inmediata para sus relaciones mutuas permanezcan libres de toda acción hostil que proceda o sea intentada desde la tierra, el mar o el aire".

en el sentido del siglo XIX. Ahora, en cambio, las fronteras de América también se extienden mar adentro[149], lo cual representa una forma moderna de toma del mar y la eliminación de antiguas tomas del mar.

Este último punto es especialmente importante. En la historia universal, la transición de la tierra al mar siempre ha tenido consecuencias y efectos incalculables. En el caso presente, afecta a la estructura fundamental del antiguo Derecho europeo de Gentes y su separación entre tierra firme y mar libre. Mientras se pensaba únicamente, en relación con la palabra *hemisferio occidental*, en un espacio terrestre continental, estaba vinculada con él no sólo una línea fronteriza geográfico-matemática, sino también una configuración concreta físico-geográfica e histórica. La ampliación y extensión hacia el mar que ahora se produce, convierte el concepto de hemisferio occidental en más abstracto en el sentido de una esfera vacía, determinada sobre todo de un modo matemático-geográfico. En la amplitud y llanura del mar —según se expresa Friedrich Ratzel— se destaca más puramente el *espacio en sí*. En discusiones científicas y estratégicas acerca de la guerra, se descubre en ocasiones la formulación refinada de un autor francés, en el sentido de que el mar es una llanura sin obstáculos sobre la que la estrategia se disuelve en geometría. Pero desde luego, precisamente este carácter de mera esfera empuja hacia la supresión de la oposición entre tierra y mar y hacia una nueva estructura del espacio en cuanto surge, como nueva dimensión, el espacio aéreo.

2. Bajo la impresión de la utilización política del término *hemisferio occidental*, los geógrafos expertos en la materia se han estado dedicando, precisamente en los últimos años, al problema del hemisferio occidental. Es de interés especial una precisión geográfica que llevó a cabo el geógrafo del Departamento de Estado norteamericano, S. W. Boggs, para la delimitación del hemisferio occidental en relación con la limitación del ámbito de

[149] QUINCY WRIGHT, *The American Journal of International Law*, tomo 34 (abril 1940), pág. 248. Quincy Wrigt opina que en la nueva forma, la Doctrina Monroe se basa de nuevo en las ideas de un *mare clausum*, según eran defendidas por los portugueses y españoles y combatidas por Grocio. Ello me parece ser un paralelo inexacto por estar aún demasiado orientado por las concepciones de una ordenación pre-global del espacio.

la Doctrina Monroe. Boggs parte de la idea de que generalmente se entiende bajo hemisferio occidental el *Nuevo Mundo* descubierto por Cristóbal Colón, pero que, por lo demás, los conceptos geográficos o históricos de *Oeste* y *Este* no están determinados ni por la naturaleza ni por acuerdos comunes. Los cartógrafos se han acostumbrado a determinar el hemisferio occidental mediante el trazado de una línea que transcurre, en el Océano Atlántico, por el meridiano 20 al Oeste de Greenwich. Según esta línea, las Azores y las Islas de Cabo Verde forman parte del hemisferio occidental, lo cual, sin embargo, está en contradicción con su pertenencia histórica al viejo mundo, según lo admite también Boggs. Groenlandia, en cambio, es atribuida casi totalmente, por el geógrafo norteamericano, al hemisferio occidental a pesar de que no la descubrió Cristóbal Colón[150]. Las regiones árticas y antárticas del Polo Norte y Polo Sur no son mencionadas por Boggs. En el lado pacífico del globo terráqueo no quiere convertir simplemente en línea fronteriza el meridiano 160 que corresponde al grado 20, sino la llamada línea convencional de fechas, o sea el meridiano 180, pero desde luego, efectuando algunas desviaciones en el norte y el sur. Las islas occidentalers de Alaska las atribuye asimismo al Oeste, así como también Nueva Zelanda, mientras que Australia forma parte del otro hemisferio. No considera como dificultad práctica el que los

[150] Groenlandia e incluso Islandia (comp. el libro de Steffanson sobre Islandia, 1930) son incluidas en el hemisferio occidental por los geógrafos americanos. En el proceso sobre Groenlandia seguido ante la Corte Internacional Permanente de Justicia de La Haya, ninguna de las partes, según he podido apreciar, hizo referencia a la Doctrina Monroe durante las discusiones. GUSTAV SMEDAL (*Grönland und die Monroe-Doktrin*) señala que el Departamento de Estado de Washington contestó en 1931 a una consulta que no podía proporcionar material impreso acerca de la cuestión de la aplicación de la Doctrina Monroe a Groenlandia y las regiones polares. Para nuestro contexto, carece de importancia un mapa geográfico del historiador y jurista norteamericano Albert Bushnell Hart del año 1916, que es mencionado por Smedal (mapa de los territorios que abarca la Doctrina Monroe). Se trata simplemente de un mapa geográfico de la evolución política de los continentes americanos en el siglo XIX. El problema geográfico importante para la delimitación del hemisferio occidental no es mencionado en absoluto en la obra de BUSHNELL HART (*The Monroe Doctrine. An Interpretation*, Londres, 1916). Bajo la rúbrica "Suggested Geographical Limitation" (pág. 306 y sig.), es analizada la cuestión de si es conveniente excluir del ámbito de la Doctrina Monroe determinados territorios de Sudamérica, como p. e. Chile o Argentina. El autor opina al respecto que ello únicamente facilitaría la colonización de estos territorios por Alemania.

inmensos espacios del Océano Pacífico pertenezcan, al menos provisionalmente —según dice— al hemisferio occidental, sino cree (esto antes de estallar la guerra contra el Japón) que únicamente los cartógrafos podrían inquietarse en este aspecto[151]. El jurista norteamericano del Derecho de Gentes, P. S. Jessup, añadió en otoño de 1940 a su informe sobre la memoria de Boggs lo siguiente: "Las dimensiones cambian hoy día muy rápidamente, y a los intereses que en 1860 teníamos en Cuba, corresponden en la actualidad los intereses que tenemos en Hawai; es posible que el argumento de la autodefensa conduzca algún día a que los Estados Unidos tengan que librar guerras en las regiones del Yangtse, del Volga y del Congo".

Para los geógrafos expertos en la materia, no es ninguna novedad la problemática del trazado de tales líneas. En primer lugar, es posible, en sentido abstracto, la designación y fijación de un meridiano cero en todas partes, pero también es arbitraria, al igual que, en sentido cronológico, cualquier momento puede ser convertido en punto de determinación de un sistema cronológico. También es, desde luego, comprensible que precisamente la concepción de un hemisferio global occidental, o de un hemisferio oriental correspondiente, y sea problemática tan sólo por el hecho de que la Tierra tiene la forma de un globo que gira alrededor de su eje Norte-Sur. Por ello, creemos que Norte y Sur son determinables con mayor exactitud. La Tierra es dividida por el Ecuador en un hemisferio Norte y en un hemisferio Sur, que no son problemáticos como la división en una mitad oriental y una mitad occidental. Tenemos un polo Norte y un polo Sur, pero no un polo Este y un polo Oeste de la Tierra. Las contraposiciones vinculadas a una idea de la izquierda y la derecha son consideradas como relativas en mayor medida, o al menos en medida distinta, que las vinculadas a la idea de arriba y abajo. Ello también se refleja, por ejemplo, en el hecho de que una definición como "raza nórdica", a pesar de ser también, en el propio sentido de la palabra, puramente geográfica, tiene un efecto más agudo que las contraposiciones igualmente geográficas de raza del Oeste y raza del Este. Todo el mundo sabe que el llamado hemisferio occidental es, del mismo modo, y en algún

[151] Véase P. S. JESSUP, *The Monroe Doctrine*, en "The Americna Journal of International Law", tomo 34 (octubre 1940), pág. 704.

aspecto quizá más exactamente, un hemisferio *oriental*. Desde tiempos remotos se ha apreciado la diferencia de que Norte y Sur significan, para el horizonte natural, la máxima de noche y luz, mientras que Este y Oeste se confunden y sólo son lo *"entgegengesetzt Fliessende von einem Weniger an nacht und Licht"*[152]. Por ello, todas las fijaciones y delimitaciones, sobre todo las líneas trazadas por el océano, continúan siendo inseguras y arbitrarias mientras no se basen en demarcaciones contractuales reconocidas[153].

3. Ahora bien, el término *hemisferio occidental* tiene, más allá del aspecto geográfico-matemático de la delimitación, un contenido histórico-político-universal y jurídico-internacional. Aquí, en el ámbito de la política y del Derecho de Gentes, residen incluso sus verdaderas fuentes de poder, pero en consecuencia, también sus límites internos. Aquí se oculta su *arcanum*, el secreto de su indudable efecto histórico. Se apoya en una gran tradición histórica y está relacionado con fenómenos extraños y muy determinados de la moderna ciencia de la tierra y de la historia, pues representa, frente a los dos tipos ya analizados de la *raya* y la *amity line*, el caso más importante de aplicación de lo que anteriormente hemos denominado el *pensamiento en líneas globales* del racionalismo occidental.

La línea americana del hemisferio occidental no es ni una raya ni una *amity line*. Todas las líneas mencionadas anteriormente se relacionan con una toma de la tierra, o sea, una toma de la tierra efectuada por potencias europeas. La línea americana, en cambio, ya se distingue en el mensaje del presidente Monroe de 1823 precisamente de las reclamaciones europeas referentes a adquisiciones de tierra. Por lo tanto, posee en un

[152] G. PFLEIDERER, *Die Philosophie des Heraklit von Ephesus*, 1886, pág. 162.

[153] Un joven geógrafo alemán, Arthur Kühn, ha estudiado críticamente la cuestión en un artículo titulado *Zum Begriff der Westlichen Hemisphäre* ("Zeitschrift der Gesellschaft für Erdkunde zu Berlin", agosto 1941, pág. 222 y sigs.), que incluye mapas detallados de las diferentes líneas. En este trabajo, el autor subraya la "falta de precisión geográfica" de esta delimitación y señala que si existe verdaderamente la necesidad práctica de separar las áreas de influencia de los continentes europeo y americano, sólo podría efectuarse matemáticamente mediante una línea fronteriza a distancia idéntica de las islas pertenecientes a cada uno de los continentes. Pero una línea fronteriza semejante continuaría siendo teoría geográfico-matemática y seccionaría las áreas de intereses y las posesiones de las distintas potencias.

principio, vista desde América, un carácter defensivo y significa una protesta contra ulteriores tomas europeas de la tierra en suelo americano dirigida a las potencias de la vieja Europa. Es fácil de apreciar que la línea, con ello, sólo crea un margen libre para tomas de la tierra propias, es decir, tomas de la tierra en el interior de América, en el suelo americano que en aquel entonces aún era libre en unas dimensiones inmensas. Sin embargo, la actitud de América en contra de la vieja Europa monárquica no significaba, ni mucho menos, una renuncia a formar parte del ámbito de la civilización europea y de la comunidad del Derecho de Gentes que en aquella época aún era esencialmente europea.

Un experto de primera categoría, Bernard Fay, ha afirmado incluso que la palabra "civilización" surgió a principios del siglo XIX y fue creada expresamente con el fin de acentuar la continuidad que une a la Europa antigua con Francia y los Estados Unidos de América[154]. Ni el mensaje de despedida del presidente Washington de 1796, ni el mensaje de Monroe de 1823 tienen el propósito de fundar un Derecho de Gentes extraeuropeo. Antes bien, los Estados Unidos de América se ha sentido, desde el principio, precisamente como portadores de la civilización europea y del Derecho de Gentes europeo[155]. Asimismo, los Estados iberoamericanos que eran creados en aquel entonces se consideraban, naturalmente, pertenecientes a la "familia de las naciones europeas" y a su comunidad del Derecho de Gentes. Todos los Tratados de Derecho americano de Gentes que fueron escritos en el siglo XIX parten con la mayor naturalidad de este supuesto, aún cuando hablan de un Derecho de Gentes americano especial que es colocado al lado del Derecho de Gentes europeo[156]. Por lo tanto, la línea global que implica el término

[154] BERNARD FAY, *Civilisation américaine*, París, 1939, pág. 9.

[155] Así, el juez Story habla en el caso de "La Jeune Eugénie" (1822; 2 Mason 409, Fed. Cas. núm. 1551) de los "Principles universally recognised as such by all civilised communities or even by those constituting what may be called the Christian States of Europe".

[156] KENT trató el Derecho de Gentes en sus *Commentaries on American Law* (1836); HENRY WHEATON, *History of the Law of Nations in Europe and America*, Nuova York, 1845; CALVO dio a su famosa obra, en 1868, el título de *Derecho Internacional teórico y práctico de Europa y América*; compárese asimismo el estudio de S. Vianna citado en la página 239.

hemisferio occidental no puede ser calificada —pese a que tenga presente sobre todo a la antigua Europa y excluya a Europa— de antieuropea más que en un determinado sentido. En otro sentido incluye, por el contrario, la reclamación moral y cultural de ser la Europa libre, auténtica y verdadera. Pero esta pretensión quedaba oculta, en un principio, debido a estar vinculada a un aislamiento estricto. A primera vista, la línea de demarcación es incluso, de manera específica, una línea de aislamiento. Frente a una raya distributiva y a una *amity line* agonal, se presenta como un tercer fenómeno muy distinto: una línea de aislamiento propio.

Atengámonos a las formulaciones claras y consecuentes de este modo de pensar que fueron hechas en relación con la llamada línea Jefferson. Es suficiente citar dos declaraciones famosas, una del 2 de enero de 1812 y la otra del 4 de agosto de 1820, que merecen nuestro interés aunque sea ton sólo por su conexión con la proclamación del mensaje de Monroe de 1823. En ambas declaraciones se refleja claramente el odio a Inglaterra y el desprecio hacia la vieja Europa, y ha de tenerse presente que los Estados Unidos, en aquel entonces, actuaban precisamente frente a Inglaterra como protectores del derecho europeo de guerra marítima. "El destino de Inglaterra —manifiesta Jefferson a principios del año 1812— ya está casi decidido, y su actual forma de existencia se acerca a su fin. Si nuestra fuerza nos permite imponer la ley en nuestro hemisferio, ésta debe establecer que el meridiano que transcurre a través del Océano Atlántico constituye la línea de demarcación entre guerra y paz, a este lado de la cual no tendrán lugar hostilidades y el león y el cordero podrán reposar en paz uno al lado del otro." En estas frases aún repercute claramente el carácter de la línea de amistad; sólo que América ya no es, en el sentido de los siglos XVI y XVII, "libre" y escenario de luchas desenfrenadas, sino muy al contrario, un ámbito de paz, mientras que el resto del mundo es escenario de guerras, pero desde luego de guerras de los otros, de las que América, por principio, se mantiene alejada. Aquello que era típico de las antiguas líneas de amistad, o sea, su sentido y carácter agonal, parece convertirse en todo lo contrario. En el año 1820, Jefferson dijo: "No está lejano el día en que exigiremos formalmente un meridiano de partición a través del océano que separe los dos hemisferios, a este lado del

cual no deberá oírse jamás un disparo europeo, como tampoco un disparo americano al otro lado". Siempre es utilizado el término "hemisferio occidental", al igual que en el propio mensaje de Monroe, en el sentido de que los Estados Unidos se identifican con todo lo que en el aspecto moral, cultural o político forma parte de la sustancia de este hemisferio.

No deben ser exageradas en este lugar las ideas de Jefferson, pero tampoco debemos dejar de citarlas si ha de perfilarse el verdadero carácter histórico y político—universal de una línea de aislamiento semejante. En el aspecto histórico—espiritual, la conciencia de la predestinación se origina en una actitud calvinista—puritana. Se continúa en una forma deísta y secularizada, y así incluso se ha intensificado con frecuencia, puesto que el sentimiento absoluto de dependencia de Dios, como es natural, no era secularizado simultáneamente. A partir de la Declaración de Independencia de 1776, la conciencia americana de la predestinación recibe, desde Francia, nuevo apoyo moral de orden puramente terrenal. Los filósofos de la Ilustración, entre los cuales hay nombres famosos como Raynal y Condorcet, crean una nueva imagen de la historia humana. El descubrimiento de América por los europeos en el siglo XVI, la gran toma de la tierra en suelo americano, que había sido justificada por los descubridores, tanto católicos como protestantes, alegando la misión de la fe cristiana, parecía ser ahora, desde perspectivas humanitarias, un acto de crueldad inhumano. No era difícil encontrar en Las Casas material en apoyo de este criterio. Las declaraciones americanas sobre los derechos humanos, en cambio, son interpretadas como una especie de renacimiento de la humanidad. Para Hobbes, el filósofo del siglo XVII, América aún era un ámbito del estado de naturaleza en el sentido de una lucha preestatal y libre entre los instintos e intereses egoístas. Para Locke, América también se encontraba, según hemos observado anteriormente (véase págs. 80-81), en el principio y en el estado natural. A fines del siglo XVIII, los filósofos de la Ilustración francesa empiezan a considerar a la Norteamérica libre e independiente como el ámbito de una forma distinta de estado de naturaleza, es decir estado de naturaleza en el sentido de Rousseau, o sea como un suelo que aún no ha sido invadido por la corrupción de la Europa civilizada. La estancia de Benjamín Franklin en Francia tuvo un efecto decisivo, no sólo debido a la alianza que Francia

concertó con los Estados Unidos (1778), sino también gracias a esta hermandad espiritual. Así, América se convirtió, por segunda vez, para la conciencia europea, en un espacio de libertad y naturalidad, pero esta vez con un contenido positivo que transformó esencialmente el antiguo sentido de la línea global de lucha y dio al aislamiento un significado positivo.

Según su sentido político, el aislamiento fundamental se propone crear una nueva ordenación del espacio de la tierra y trata de conseguirlo estableciendo una separación entre un ámbito de paz y libertad aseguradas y un ámbito de despotismo y corrupción. Este pensamiento americano del aislamiento es conocido y ha sido discutido con frecuencia. Para nuestro análisis, lo importante es su correlación con la ordenación del espacio de la tierra y la estructura del Derecho de Gentes. Si el hemisferio occidental representa el nuevo mundo íntegro, aún no infectado por la corrupción del viejo mundo, también tiene que hallarse en el aspecto del Derecho de Gentes, como es natural, en otra situación que el viejo mundo corrupto que hasta entonces había sido centro, portador y creador del Derecho de Gentes europeo cristiano, del *Ius publicum europaeum*. Si América es el suelo en el que se han refugiado los escogidos para llevar allí una vida nueva y más pura bajo circunstancias virginales, queda anulada toda reclamación europea referente a suelo americano. El *suelo* americano también obtiene ahora, en el Derecho de Gentes, un *status* que es completamente nuevo frente a todos los antiguos *status* del suelo del Derecho de Gentes. El Derecho público europeo había desarrollado, según hemos observado anteriormente, varios de estos *status* del suelo. A partir de ahora, el suelo americano no debe formar parte de ninguno de los *status* del suelo que el Derecho europeo de Gentes conocía en el siglo XIX. América no debe ser ahora ni un suelo sin dueño accesible a la libre ocupación en el sentido antiguo, ni suelo colonial, ni suelo europeo como el territorio estatal de Estados europeos, ni un escenario de luchas en el sentido de las antiguas líneas de amistad, ni tampoco un ámbito de extraterritorialidad de los europeos con jurisdicción consular como en los países asiáticos.

¿Qué es, pues, según esta nueva *línea*, el *status* jurídico-internacional del hemisferio occidental frente a una ordenación europea del Derecho de Gentes? Es algo completamente extraordinario, algo electo. Sería poco decir, al menos para un criterio

consecuente hasta el último extremo, si se calificara a América de asilo de la justicia y de la capacidad. El verdadero sentido de esta línea de predestinación reside, antes bien, en la convicción de que sólo en suelo americano existen las condiciones que, como situación normal, hacen posibles actitudes y "habits" razonables, el derecho y la paz. En la vieja Europa, donde no hay un estado de libertad, también puede convertirse en criminal o infractor de las leyes un hombre que es bueno y honrado por naturaleza y carácter. En América, en cambio, la distinción entre el bien y el mal, entre la justicia y la injusticia, entre personas decentes y criminales, no está ofuscada por situaciones falsas y "habits" falsos. El profundo convencimiento de que América se halla en un estado normal y pacífico y Europa, por el contrario, en un estado anormal y no pacífico aún podía percibirse en el tratamiento del problema de minorías de la Liga de Ginebra por Mello Franco (1925). La línea global que es trazada aquí representa por lo tanto una especie de línea de cuarentena, una especie de cordón contra la peste que aísla a una región epidémica de una tierra sana. El mensaje del Presidente Monroe no lo expresa tan abiertamente como las declaraciones citadas de Jefferson. Pero quien sabe leer y tiene oídos para oír, también puede desprender del texto y de la formulación del mensaje de Monroe el juicio moral fundamentalmente de condena que es emitido acerca de todo el *sistema* político de las monarquías europeas y que provee su sentido político y moral y su fuerza mítica a la línea americana de separación y aislamiento.

Es extraño que la fórmula del hemisferio occidental tuviera presente, como adversario suyo, precisamente a Europa, al viejo Occidente. No estaba dirigida contra la vieja Asia o África, sino contra el viejo Oeste. El nuevo Oeste reclama ser el verdadero Oeste, el verdadero Occidente, la verdadera Europa. El nuevo Oeste, América, quiere desplazar al antiguo Oeste, Europa, de su antiguo asentamiento histórico-universal, del antiguo centro del mundo. El Occidente, con todo lo que formaba parte de él en el sentido moral, cultural y político de la palabra, no era eliminado o destruido, y ni siquiera destronado, sino simplemente desplazado. El Derecho de Gentes dejaba de tener su centro de gravedad en la vieja Europa. El centro de la civilización se desplazaba más hacia el Oeste, a América. La vieja Europa era colocada, lo mismo que la vieja Asia y África, en el

lado del pasado. Ha de ser subrayado una vez más que los conceptos de viejo y nuevo son aquí no sólo medidas para la condena, sino también, y sobre todo, para la distribución, la ordenación y el asentamiento. Como tales, son el fundamento de las más elevadas reclamaciones históricas, políticas y jurídico-internacionales. Modificaron la estructura del Derecho europeo de Gentes tradicional mucho antes de que, a partir de 1890, el ingreso de Estados asiáticos —a su cabeza Japón— ampliara la comunidad del Derecho de Gentes europeo, convirtiéndolo en un Derecho de Gentes universalista ajeno al espacio.

No nos proponemos analizar aquí hasta qué punto estaban justificadas, en el aspecto moral y político, las reclamaciones de Jefferson y Monroe en aquella época y hasta qué punto tenía un buen sentido su convicción de representar un mundo moral y políticamente nuevo. Efectivamente, se ha reunido y desarrollado sobre suelo americano una porción de cultura europea. Como europeos de la vieja Europa también podemos reconocer abiertamente, sin perder la dignidad propia, que hombres como George Washington y Simón Bolívar fueron grandes europeos, e incluso que se acercaron más al sentido ideal de esta palabra que la mayoría de los estadistas británicos y europeo-continentales de su época. Frente a la corrupción parlamentaria del siglo XVIII inglés, así como también frente a la degeneración absolutista del siglo XVIII francés y, en último término, frente a la limitación y falta de libertad de la Restauración postnapoleónica y a la reacción de Metternich en el siglo XIX, América tenía grandes posibilidades de representar la verdadera y auténtica Europa.

Por lo tanto, la reclamación de América de ser la verdadera Europa, la protectora del derecho y de la libertad, era un factor histórico de un efecto extraordinario. Respondía a fuertes tendencias europeas y era una energía política real o, formulado de un modo más moderno, un potencial bélico de primer rango[157].

[157] El excelente trabajo de BERNARD FAY citado ya al principio de este capítulo, *L'esprit révolutionnaire en France et aux Etats Unis à la fin de XVIIIe siècle* (París, 1925), debería ser continuado sobre todo con respecto a la época de la Restauración. Sin embargo, este libro de B. Fay (págs. 299, 317) también provee ya aclaraciones importantes acerca de los orígenes de las ideas de TOCQUEVILLE y su sorprendente pronóstico al final del primer tomo de su *Démocratie en Amérique* (1835). Otro ejemplo que merece ser mencionado especialmente es una frase del joven Agustín Thierry. Como historiador y sociólogo, A. Thierry

Esta reserva de fuerza histórica aún experimentó en el siglo XIX un considerable aumento, sobre todo a raíz de las revoluciones europeas de 1848. Millones de europeos desengañados y desilusionados abandonaron en el siglo XIX la vieja Europa reaccionaria y emigraron a América para iniciar allí una nueva vida en condiciones virginales. El cesarismo falso de Napoleón III y las corrientes reaccionarias en los demás países europeos en la época posterior a 1848 pusieron de manifiesto que Europa no era capaz de resolver los problemas sociales, políticos y espirituales que habían sido planteados, en el decenio anterior a 1848, con un vigor tan inmenso en Francia, Alemania e Italia. No debe olvidarse, en esta relación, que el *Manifiesto* comunista procede del año 1847 y que Bakunin ya había hecho su aparición en Berlín en 1842. En lugar de buscar una respuesta, todos los pueblos y Gobiernos europeos de entonces se apresuraron, después de 1848, a amortiguar la profunda problemática que había surgido en forma de socialismo, comunismo, ateísmo, anarquismo y nihilismo, tratando de ocultar el abismo con fachadas legitimistas o legalitarias, conservadoras o constitucionalistas. Los grandes críticos de esta época fueron solitarios aislados e inoportunos, lo mismo Kierkegaard que Donoso Cortés, Bruno Bauer y Jacobo Burckhardt, Baudelaire y, en último término, también Nietzsche. Frente a una Europa semejante, que ya no era más que reaccionaria, la conciencia americana de ser la Europa nueva y verdadera implicaba una magna reivindicación histórico-universal. La decisión americana podía liberarse

es de importancia reveladora para la teoría de clases y de razas del siglo XIX y es, al propio tiempo, expresión del fuerte impulso europeo que arranca de Saint-Simon. En su artículo *Sur l'antipathie de race qui divise la nation française*, publicado en "Censeur Européen" del 2 de abril de 1820, señala que en caso de que Europa volviera a la antigua barbarie de la Edad Media feudal, a la hostilidad de clases y razas, disponemos de un recurso que no conocían nuestros antepasados: "La mer est libre, et un monde libre est au-delà". Para Alemania ofrece un bien material la investigación de HILDEGARD MEYER, *Nordamerika im Urteil des deutschen Schrifttums bis zur Mitte des 19 Jahrhunderts*, Hamburgo, 1929 ("Überseegeschichte, eine Schriftenfolge", editada por Adolf Rein, t. 9); véase en especial (pág. 540 y sigs.) la cita de la Historia Universal de Rotteck acerca de la oposición entre el Este despótico y el Oeste libre. Europa —señala Rotteck— vuelve a estar encadenada por el derecho histórico. La última frase de la Historia General de Rotteck es la siguiente: "El fuego sagrado que Europa conservaba hasta ahora ya no lo verá más que desde allende el Mar Atlántico".

así del veneno de un cadáver histórico-universal y promover aún fuerzas político-mundiales, que también hubieran podido fundar un nuevo *ius gentium*.

Pero ya a finales del siglo, hacia 1900, estas grandes posibilidades presentaban otro aspecto tanto desde el exterior como desde el interior. La guerra contra España fue en 1898 la señal de la política exterior que fue interpretada por el mundo como transición hacia el imperialismo abierto, que ya no se atenía a las antiguas concepciones continentales del hemisferio occidental, sino se orientaba asimismo hacia el Océano Pacífico y el antiguo Oeste. Con respecto a los amplios espacios de Asia, pasó a ocupar el lugar de la anticuada Doctrina Monroe la exigencia de la *puerta abierta*[158]. Desde un ángulo de vista geográfico global, ello representaba un paso del Este hacia el Oeste. El continente americano se veía relegado ahora, en relación con el espacio asiático-oriental que volvía a surgir en la historia universal, a la posición de un continente del Este, después de haber sido desplazada, cien años antes, la vieja Europa al ámbito del hemisferio oriental debido a la aparición de América en la escena político-mundial. Para una *geografía de las ideas*, un cambio de enfoque semejante representa un tema verdaderamente sensacional, y efectivamente fue anunciado en 1930, bajo su impresión, el *advenimiento de un Nuevo Mundo* que había de unir a América con China[159].

Del mismo modo radical que fue transformada la antigua fe en el Nuevo Mundo por estos desplazamientos histórico-universales del Oeste al Este, también fue modificándose desde el interior a raíz de la propia evolución americana. En el mismo momento en que comenzó a manifestarse, en la política exterior, el imperialismo de los Estados Unidos, estaba llegando a su fin, en cuanto a la situación interna norteamericana, la época de su novedad anterior. Habían quedado anulados el supuesto y el fundamento de todo aquello que podía ser denominado, en un

[158] A. T. MAHAN, *The Interests of America in International Conditions*, Londres, 1910, pág. 117 y sig. Mahan ya destaca en este lugar que frente a Europa, sobre todo frente al Imperio alemán, el término "noninterference" de la Doctrina Monroe no significa ausencia. La idea de Mahan de una unificación de lo dos Imperios anglosajones incluía la sugerencia de una fusión del Nuevo Mundo con el viejo.

[159] HERMANN GRAF KEYSERLING, *Amerika, der Aufgang einer neuen Welt*, 1930.

sentido real referido al suelo y no sólo ideológico, *novedad* del hemisferio occidental. Hacia 1890 ya había terminado la libertad de la toma de la tierra en el interior de los Estados Unidos y había quedado concluida la colonización del suelo que anteriormente era libre. Hasta entonces aún había existido en los Estados Unidos la antigua línea fronteriza que separaba el suelo colonizado del suelo libre, es decir del suelo no colonizado, pero abierto a la toma de la tierra. También había existido hasta entonces el tipo de hombre de la frontera vinculado a esta línea fronteriza, el *frontier*, que podía migrar del suelo colonizado a suelo libre. Con el suelo libre quedó anulada también la libertad antigua. Cambió la ordenación fundamental de los Estados Unidos, el *radical title*, aunque quedaron conservadas las normas de la Constitución de 1787. Las nuevas leyes que limitaban la inmigración y efectuaban discriminaciones desde puntos de vista en parte raciales y en parte económicos cerraron las puertas del antiguo asilo de la libertad ilimitada. Todos los buenos observadores apreciaron inmediatamente este cambio. Entre los muchos que lo expresaron me parece merecer una mención especial un gran filósofo y pensador típico del pragmatismo norteamericano, John Dewey, por la razón de que tomó como punto de partida de su estudio sobre la situación social concreta de América este fin de los tiempos del *frontier*; del mismo modo es importante para la valoración de Emerson y Willian James el hecho de que su optimismo y su alegría presupone una *frontera abierta*. El suelo libre continuaba produciendo su impacto cuando William James publicó en 1896 su ensayo *The Will to Believe*.

En el capítulo sobre las primeras líneas globales (pág. 78 y siguiente) hemos hecho resaltar el parentesco estructural que une el estado de naturaleza preestatal de Hobbes con el ámbito de una libertad sin consideraciones. Hemos destacado el hecho histórico, predominante en todos los aspectos, de que el imperio de esta libertad había hallado su asentamiento histórico concreto en un espacio inmenso que estaba abierto a la toma libre de la tierra, en el Nuevo Mundo *al otro lado de la línea*. Acerca de la estructura de este Nuevo Mundo, Hegel estableció un diagnóstico extraño hace más de cien años, mucho antes de 1848, en la introducción a sus Lecciones sobre la Filosofía de la Historia. En una combinación genial de ingenuidad y erudición, señaló en aquel entonces, o sea en la época de la primera Doctrina Monroe, que los Estados Unidos de América aún no eran un Estado, que

todavía se encontraban en el estadio de la sociedad burguesa, es decir en una condición preestatal de libertad de intereses que precede a la condición estatal de superación dialéctica de la libertad individualista. Una importante observación crítica del joven Marx de los años 1842-43 arranca del diagnóstico de Hegel y lo sigue desarrollando, haciendo asimismo mención especial de los Estados Unidos de América. Marx señala que tanto en las Repúblicas como en las Monarquías del siglo XIX, la propiedad burguesa determina la verdadera Constitución y el Estado. Como consecuencia de la separación entre Estado y Sociedad, entre política y economía, el contenido material del Estado político se halla fuera de la política y de la Constitución[160]. Los eruditos anglosajones de la teoría del Estado, sin embargo, elevaron a principio precisamente esta relación entre Estado y sociedad, entre política y economía. En la separación entre la política y la economía reside realmente la clave para una aclaración de las contradicciones en cuanto a presencia y ausencia en las que tiene que caer necesariamente un mundo que ya no es nuevo, pero que aún mantiene ideológicamente su vieja novedad, cuando trata de combinar la presencia económica con la ausencia política y de seguir desarrollando la ideología de la antigua libertad a pesar de que no existe ya ni su situación ni su suelo. Al mantenerse el estado de conciencia de una preestatalidad no-política en una realidad que ya se ha convertido en supraestatal, surge una virginidad artificialmente prolongada cuyo dilema analizaremos en el capítulo siguiente.

6. El cambio del sentido del reconocimiento según el Derecho de Gentes

Ha sucedido con frecuencia en la historia universal el que pueblos e imperios trataran de aislarse del resto del mundo y

[160] Tomo I, pág. 437, de la edición general Marx-Engels publicada por Rjasanow (1927). La cita de este lugar se la agradezco en el presente contexto al artículo de Ernest Lewalter, *Zur Systematik der Marxschen Staat— und Gesellschaftslehre*, "Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik", tomo 68 (1933), pág. 650. De interés especial en esta relación el trabajo de Hugo Fischer *Karl Marx und sein Verhältnis zu Staat un Wirtschaft*, Jena, 1932, pág. 45: "En tanto que la política de 1931 es política económica, representa el siglo XIX invertido desde dentro hacia fuera"

protegerse de una infección por medio de una línea de defensa. El problema es únicamente el de cuál sea la postura que resulta, frente a otros pueblos, de semejante separación y aislamiento. La pretensión de América de ser el mundo nuevo, no corrupto, había surgido en el siglo XIX tras haberse impuesto una imagen global de la tierra. Esta pretensión significaba para el resto del mundo, mientras iba unida a un aislamiento consecuente, una exclusión propia voluntaria. Una línea global que divide el mundo en dos partes, una buena y una mala, representa una línea de valoración moral *positiva* y *negativa*, que implica un rechazo continuo de la otra parte del planeta en tanto no esté combinada con la inexistencia total de relaciones. En caso contrario, se desarrolla una dialéctica de aislamiento e intervención cuyo dilema aumenta paso a paso el curso ulterior de la evolución histórica.

a) *El dilema de aislamiento e intervención*

El dilema no llegó a evidenciarse, como tal, hasta el momento en que habían quedado superadas totalmente las consecuencias de la Guerra de Secesión de 1861-64 y habían recuperado los Estados Unidos su antiguo sentimiento de superioridad frente a las grandes potencias europeas. En una fase de transición que debe fecharse en los años 1890 a 1939, este dilema sin resolver se hacía patente en una combinación de presencia y ausencia que hemos destacado anteriormente (pág. 269 y sigs.), y que provocaría el destino de la Liga de Ginebra. Pero con la creciente conciencia global se hacía cada vez más irresistible, inevitable y al propio tiempo más aguda la presión según iban aumentando las dimensiones espaciales y políticas de tal pensamiento de línea global y la formación de grandes espacios económico-industriales modernos. Ante esta atroz alternativa se hallaba el hemisferio occidental desde el comienzo de la llamada era imperialista, o sea desde finales del siglo XIX y principios del XX: entre una pluralidad de grandes espacios que se formaban a raíz de siempre nuevos intentos y una reclamación global frente al mundo, entre monismo y pluralismo, monopolio y polipolio. A todos los sociólogos, historiadores, juristas y economistas que observaron a partir de 1890 la evolución de los

Estados Unidos y del hemisferio occidental por ellos dominado les ha llamado la atención la dialéctica de estas contradicciones de la evolución. En la época posterior a la primera guerra mundial, o sea a partir de 1919, también se hizo sentir en Europa. Inmensas masas de continentes enteros oscilaban directamente, sin transición, entre tendencias opuestas, llenas de contradicciones, que se excluían mutuamente. Y no son, ni mucho menos, únicamente antagonismos generales o polaridades de tendencias contrarias, no son meros contrastes y tensiones como los que forman parte de toda vida impetuosa y más aún de toda gran política mundial. Las contradicciones son originadas por la problemática, no resuelta, de una evolución espacial que implica necesariamente la alternativa de buscar una transición hacia grandes espacios delimitables que reconozcan a su lado a otros grandes espacios, o de transformar la guerra del antiguo Derecho de Gentes en una guerra civil mundial de orden global.

Durante la primera guerra mundial de 1914-18, la política del presidente W. Wilson ya se movía directamente entre los dos extremos de autoaislamiento e intervención en el mundo, hasta caer finalmente, con extrema vehemencia, hacia el lado del intervencionismo. Es suficiente citar dos declaraciones de Wilson, la primera de las cuales data de los principios de la guerra mundial, o sea, 1914, mientras que la segunda fase fue formulada en la época de la entrada de Norteamérica en la guerra en abril de 1917. El punto de partida de Wilson era el de *to be neutral in fact as well as in name*. En su discurso del 19 de agosto de 1914 declaró solemnemente ser partidario del ideal de una neutralidad absoluta y rigurosa e incluso escrupulosa que evitara cuidadosamente una discriminación entre los beligerantes y que se atuviera de la manera más consecuente a la línea de la neutralidad a base del autoaislamiento. En aquel entonces el presidente Wilson llegó incluso a prevenir a sus compatriotas contra la tentación espiritual de tomar partido, aunque sólo fuera en forma de pensamientos y sentimientos, o sea contra una neutralidad que sólo existiera exteriormente y de nombre, mientras que el alma ya no fuera neutral. "Hemos de ser imparciales en nuestros pensamientos y nuestros actos, hemos de controlar nuestros sentimientos y evitar todo acto que pueda ser interpretado como favorecimiento de cualquiera de las partes beligerantes". En noviembre de 1916, y bajo el lema de "he kept us out of war", Wilson fue reelegido como presidente. Pero en su

declaración del 2 de abril de 1917, ya modificó formal y públicamente su punto de vista, manifestando que habían pasado no sólo los tiempos, sino también la era de la neutralidad, y que la paz del mundo y la libertad de los pueblos justificaban la entrada en una guerra europea. Esta fue la causa de que la segunda guerra mundial se convirtiera de una guerra europea al estilo antiguo en una guerra del mundo entero y de toda la humanidad. El hecho de que este cambio de aislamiento a intervención fue motivado por fuerzas y tendencias objetivas y no sólo por los criterios personales y vacilaciones psicológicas individuales de Wilson se refleja en cada uno de los momentos importantes de la historia americana de los últimos decenios, en la que se repite siempre de nuevo la problemática de autoaislamiento e intervención a escala mundial. La historia de la relación entre los Estados Unidos y la Liga de Ginebra que hemos expuesto anteriormente (págs. 264 y sig.) sólo es un caso de aplicación de la misma problemática. La condena de la guerra que fue expresada desde Washington en forma del Pacto Kellogg del 27 de agosto de 1928 dejó sin aclarar la postura frente al Estatuto de la Liga de Ginebra; pero en todo caso, su sentido era el de conservar en manos de los Estados Unidos la gran decisión sobre la admisibilidad de una guerra mundial, incluso frente a la Liga de Ginebra y frente a Inglaterra y Francia, las dos potencias europeas que predominaban en la Liga de Ginebra. La forma tradicional de neutralidad que, según el Estatuto de la Liga de Ginebra, aún no estaba eliminada totalmente, quedó excluida por el cambio hacia la guerra justa como concepto del Derecho de Gentes. Un jurista del Derecho de Gentes de esta época, John B. Whitton, lo formuló, en un razonamiento típico, de la manera más sencilla: anteriormente, la neutralidad era un símbolo de la paz; ahora ha sido convertida, por el nuevo Derecho de Gentes basado en la Liga de Ginebra y el Pacto Kellogg, en un símbolo de la guerra.

El dilema de aislamiento e intervención que en el transcurso de la primera guerra mundial de 1914-18 se reflejaba en las declaraciones de Wilson, tuvo una sorprendente repetición paralela en la evolución a partir de 1939, la cual reveló que el fundamento tenía que ser una identidad más profunda. En el discurso pronunciado por Franklin D. Roosevelt el día 5 de octubre de 1937 en Chicago, éste ya había declarado que no era

posible sustraerse a la anarquía e indisciplina internacional, que se manifestaban en el mundo entero, por medio del mero aislamiento y la neutralidad. Pero la declaración formal de neutralidad de los Estados Unidos del 5 de septiembre de 1939 se atiene oficialmente, a pesar de ello, al antiguo concepto de neutralidad del Derecho de Gentes interestatal, a la imparcialidad más estricta y a una amistad idéntica con todas las partes beligerantes. Incluso es aplicada en la declaración oficial norteamericana de neutralidad la tradicional fórmula europea de la *aequalitas amicitiae*, según la cual la neutralidad se basa en una *amistad idéntica* con ambas partes beligerantes, siendo empleada la expresión *on terms of friendship*. No es preciso explicar en este lugar cuál fue, en la realidad, la ulterior evolución de la imparcialidad de la amistad idéntica. Lo importante es para nosotros la correlación con el problema del hemisferio occidental y la dialéctica interna del aislamiento y la intervención, debido a la cual este concepto, desde principios de siglo, ha estado poniendo en movimiento, en medida creciente, a toda la tierra. También en el transcurso de la segunda guerra mundial fue necesario renunciar a la estricta neutralidad que era consecuencia de la línea de autoaislamiento, a pesar de que al comienzo de la guerra había sido confirmada con solemnes frases.

La Memoria del Fiscal General y Ministro de Justicia norteamericano Jackson, que fue elaborada a bordo del yate presidencial *Potomac* y leída el día 31 de marzo de 1941 en la conferencia de prensa de la Casa Blanca, sacó finalmente la consecuencia definitiva y fundamental y resumió el resultado proclamando abiertamente el fin del antiguo aislamiento y de la neutralidad: "No niego —manifestó el portavoz del Gobierno de los Estados Unidos— que en el siglo XIX se cristalizaron reglas de neutralidad, y que estas reglas fueron ampliadas en las diferentes Convenciones de La Haya. Sin embargo, ha pasado la época de la aplicación de estas reglas. Los acontecimientos que se han producido desde la guerra mundial las ha dejado sin validez. Los principios del siglo XIX, según los cuales todos los beligerantes habían de ser tratados de igual modo, quedaron eliminados por la aprobación, por parte de la Sociedad de Naciones, del principio de las sanciones contra los agresores, por el Pacto Kellogg-Briand y por el Tratado argentino de condena de la guerra. Hemos vuelto a criterios *más antiguos y más sanos*". En

el capítulo anterior sobre Vitoria ya hemos expuesto algunos comentarios acerca de lo que significa, en el aspecto histórico-ideológico, esta vuelta a criterios más antiguos y más sanos. Para nuestro análisis desde el ángulo de vista de la ciencia del Derecho de Gentes sólo es preciso destacar aquí el problema del *reconocimiento* según el Derecho de Gentes, el problema clave de toda ordenación basada en la coexistencia de potencias independientes. El sentido del reconocimiento según el Derecho de Gentes ha sufrido algunos cambios durante los últimos decenios, y en estos cambios se refleja la transformación de la estructura de la ordenación del espacio del Derecho de Gentes.

De acuerdo con el Derecho europeo de Gentes clásico, el reconocimiento de otro Estado y otro Gobierno implica un reconocimiento como *iustus hostis*, basado en la plena igualdad y reciprocidad, para el caso de una guerra. En su esencia, todo reconocimiento según el Derecho de Gentes es expresión de que la parte que efectúa tal reconocimiento considera que el efecto que un cambio territorial o un nuevo régimen produzca sobre la ordenación del espacio existente o por crear, es compatible con esta ordenación del espacio. En épocas de estabilidad se establecen costumbres e instituciones jurídicas relativamente firmes; en épocas de cambio de la estructura general, el reconocimiento *de iure* se convierte también en un reconocimiento *de facto*, y el dilema de aislamiento e intervención se manifiesta en dimensiones globales. Así, los estadistas y juristas norteamericanos han convertido, en la *praxis* del Derecho de Gentes, el concepto de *recognition* en un acto de aprobación que puede ser aplicado a cualquier estado de cosas, cualquier acontecimiento, cualquier guerra y cualquier modificación territorial del mundo. A esta *Doctrina Stimson* nos referiremos más adelante. En este lugar estudiaremos por de pronto algunos ejemplos, especialmente instructivos para nuestro tema, de reconocimiento según el Derecho de Gentes, a fin de desarrollar su carácter de modelo y apreciar en toda su agudeza el dilema de aislamiento e intervención: el reconocimiento de insurgentes como *beligerantes*, y el reconocimiento de un nuevo *Gobierno*. Ambos reconocimientos son especialmente interesantes para la cuestión de la ordenación del espacio, dado que permiten apreciar de una manera muy clara que la intervención es inseparable de toda coexistencia basada en el Derecho de Gentes, y que designa en el sistema general del Derecho de Gentes el punto en que la guerra se convierte en guerra justa, lo que significa en guerra civil. Con anterioridad a las dos guerras mundiales, las ideas acerca de la guerra sólo se habían podido formar, en los Estados Unidos —aparte de las guerras coloniales y las luchas con los indios— sobre todo a base de las experiencias de dos *guerras civiles*: la Guerra de Independencia de 1775-79 y la Guerra de Secesión de 1861-64. En ambas guerras, pero en especial en la Guerra de Secesión, ocupaba el centro de la discusión del Derecho de Gentes la cuestión del *reconocimiento* de *insurgentes* y de *partes combatientes en guerras civiles*.

b) La problemática del reconocimiento de rebeldes (desarrollada a base del ejemplo de la Guerra de Secesión)

El Derecho de Gentes europeo de los siglos XVIII y XIX había desarrollado el principio del reconocimiento de insurgentes como beligerantes, como *parte beligerante*, convirtiéndolo en una especie de institución jurídica. La problemática específica residía en el hecho de que el concepto de guerra puramente *inter*-estatal del Derecho europeo de Gentes era aplicado a una lucha puramente *intra*-estatal, a una guerra civil. Con ello era planteado, junto con el problema de la guerra no-discriminatoria, el problema de la intervención de un Estado en cuestiones internas de otro Estado soberano. Para Vattel, la institución jurídica del reconocimiento de rebeldes como beligerantes se derivaba del pensamiento de la neutralidad en combinación con el de la no-intervención (véase pág. 163). Pero evidentemente, el reconocimiento como beligerantes significa para los rebeldes una elevación de rango fundamental y extraordinariamente importante. Para el Gobierno legal, en cambio, significa una degradación y una aguda intromisión, y esta intromisión forma parte precisamente de la supuesta neutralidad. Lo que en general se presenta, tanto en el aspecto intra como extraestatal, en un lado como rebelión, alta traición, felonía y crimen y en otro lado como persecución penal, justicia y policía, se convierte ahora para el Estado reconocedor en *bellum iustum* en el sentido del concepto de guerra interestatal no-discriminatorio, y un Gobierno estatal legal ha de aceptar esta modificación sorprendente que se pro-

duce en perjuicio suyo. La legalidad o legitimidad de una *causa justa*, que es lo esencial para un Gobierno amenazado por rebeldes, se convierte de este modo, en el aspecto jurídico, en una cuestión tan irrelevante como la de la ilegalidad de los rebeldes criminales.

A pesar de ello, un Gobierno estatal soberano legal y reconocido como legal ha de consentir, según el Derecho de Gentes, siempre que esté en vigor tal institución jurídica, una elevación de rango tan sorprendente de sus enemigos intraestatales ilegales y la minoración de su propio derecho que ello implica. La problemática de una institución jurídica semejante sólo puede resolverse desde los puntos de vista de una amplia ordenación del espacio del Derecho de Gentes. El caso es que en realidad los precedentes de un reconocimiento como beligerantes que se citaban habitualmente sólo eran una expresión del control y de la intervención por parte de potencias dominantes, que de este modo creaban guerras formales en el sentido del Derecho de Gentes, reconocían *iusti hostes* y, en último término, lograban cambios territoriales que consideraban aceptables. El reconocimiento de los insurgentes griegos (1821) por parte de las primeras potencias europeas representa un ejemplo típico de ello. Este reconocimiento sólo era la expresión del control europeo frente al Imperio otomano en decadencia, que en aquel entonces ni siquiera estaba reconocido como miembro de la organización de las naciones europeas y aún no formaba parte de la ordenación más estrecha del espacio de Europa, y cuyo suelo, por lo tanto, aún era en cierto sentido libre para un Derecho de Gentes centrado en Europa. Fue signo de una generalización superficial el convertir este acto centrado en Europa, que había sido llevado a cabo por grandes potencias europeas frente a un Imperio no-europeo, en un precedente para auténticas guerras civiles intraeuropeas. Del mismo modo, fue una expresión de la política de grandes potencias europeas frente a Estados europeos más débiles el que los revolucionarios italianos bajo el mando de Garibaldi (1859) fueran reconocidos como beligerantes. Al quedar anulada la ordenación del espacio de un Derecho de Gentes europeo común, tales reconocimientos perdieron el sentido que tenían. Por esta razón ya no se produjo, en la guerra civil española de 1936-39, en ninguno de los dos lados un reconocimiento como beligerantes, y la llamada Junta de No-Intervención de las potencias solamente reveló, con este nombre, el nihilismo interno del Derecho europeo de Gentes de aquella época.

Frente a la práctica del reconocimiento de acuerdo con un Derecho de Gentes centrado en Europa, existían una práctica similar dentro del hemisferio occidental. El Gobierno de los Estados Unidos reconoció en 1816 como beligerantes a los revolucionarios sud y centroamericanos que luchaban contra el Gobierno legal español y el portugués (Buenos Aires, Colombia, Méjico contra España, Brasil y Artigas contra Portugal). A partir de 1817, el Presidente de los Estados Unidos, James Monroe, fue informando al Congreso anualmente sobre ello mediante mensajes, hasta que en el año 1822 fueron reconocidos los beligerantes sudamericanos como Estados independientes. En el gran mensaje de Monroe del 2 de diciembre de 1823 es mencionado expresamente el reconocimiento de los beligerantes sudamericanos, que es construido en este lugar como signo de una perfecta neutralidad en este conflicto entre los beligerantes y el Gobierno español. En realidad, esta política y práctica de los Estados Unidos ya era consecuencia de su reclamación, basada en el Derecho de Gentes, respecto a la línea del hemisferio occidental, que fue expresada abiertamente en el mensaje de Monroe del 2 de diciembre de 1823. Por ello se produjo inevitablemente un conflicto de especial importancia al iniciarse la Guerra de Secesión y ser reconocidos, en mayo de 1861, los Estatutos insurrectos del Sur como parte beligerante por grandes potencias europeas, o sea Inglaterra y Francia. Ahora ya no se trataba de la ordenación del espacio intraeuropea o intraamericana, sino de las fronteras del antiguo Derecho de Gentes centrado en Europa y de la relación entre los dos grandes espacios a uno y otro lado de la línea global del hemisferio occidental. Por esta razón es completamente imposible establecer comparaciones con este caso de reconocimiento como beligerantes del año 1861, que no podía convertirse en *test case* para el Derecho de Gentes centrado en Europa ni tampoco podía ser relacionado con un auténtico *test case* de este Derecho europeo de Gentes. Pero en cambio, es por sí mismo tanto más significativo e interesante para el nuevo problema del espacio de la tierra que surgió cuando el hemisferio occidental se enfrentó a la vieja Europa con una nueva dignidad propia.

La gran controversia que se produjo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y las dos grandes potencias europeas occidentales a causa del reconocimiento de los Estados confederados del Sur se prolongó durante un decenio entero. Se inició con la proclamación inglesa del 13 de mayo de 1861 y la proclamación francesa del 10 de junio del mismo año y aún ejerció su influencia, tras la anulación de estos reconocimientos (en junio de 1865), durante las discusiones ulteriores sobre el caso de Alabama (hasta 1871). La posición de los Estados Unidos era muy difícil tanto en el aspecto teórico como en el práctico. Los Gobiernos de Inglaterra y Francia podían apoyarse en criterios generalmente reconocidos y en autores eminentes como Vattel y Wheaton. También podían hacer referencia a los precedentes de Grecia (1821) y de Sudamérica (1822) e incluso traer a la memoria la famosa declaración de neutralidad que el propio presidente George Washington había publicado el 22 de abril de 1793 durante la guerra revolucionaria entre la Francia jacobina y la coalición antirrevolucionaria encabezada por Inglaterra y Austria. El Gobierno de los Estados Unidos de América, en cambio, no podía hacer valer en la situación política de aquel entonces su argumento esencial, o sea el criterio espacial del hemisferio occidental y de la Doctrina Monroe. Precisamente los años de 1861 a 1864 fueron la época más crítica de ofuscamiento profundo de la Doctrina Monroe. En el fondo, la referencia de los Gobiernos europeos al precedente de Grecia de 1821 era ofensivo para el Gobierno de la Unión, pero éste no abordó la cuestión en sus argumentaciones. Sus notas y textos no niegan, ni mucho menos, por principio y en general el derecho al reconocimiento de insurgentes como beligerantes, sino únicamente formulan el reproche de un reconocimiento prematuro e innecesario y efectuado sin examen previo, y sin negociaciones previas con el Gobierno legal. También el hecho de que las dos potencias, Inglaterra y Francia, habían actuado conjuntamente en esta cuestión era considerado por los Estados Unidos como incorrección y descortesía. Frente a ello, hacen resaltar siempre de nuevo la unidad e indivisibilidad inquebrantable de los Estados Unidos, haciéndola valer en el sentido de que todo reconocimiento de rebeldes por otro Estado implica un problema grave, e incluso que en el fondo tal reconocimiento es, en sí mismo, imposible según el Derecho de Gentes.

Es especialmente instructivo en este aspecto un escrito que el delegado norteamericano en Londres, Charles Francis Adams, dirigió con fecha 21 de mayo de 1861 a su Secretario de Estado en Washington, Mr. Seward. Adams hace referencia a un discurso del Lord Canciller inglés en el que éste había señalado que desde el reconocimiento de los Estados del Sur como parte beligerante, la guerra seguía su curso como un *iustum bellum*. Al ser visitado por este motivo por el delegado norteamericano, el Lord Canciller le contestó que sólo había reconocido con ello el *factum* de la guerra y no había hablado del *iustum bellum* más que en un sentido técnico, lo cual parecía casi inevitable en las circunstancias del momento y no significaba otra cosa que la afirmación de que la guerra —sin tratarse de una toma de posición cualquiera en cuanto a su justicia— era en ambos lados simplemente guerra en el sentido del Derecho de Gentes y estaba sujeta a las reglas de la moderna beligerancia civilizada. Señaló finalmente que no había tenido otro sentido la proclamación de la Reina[161]. En un escrito dirigido con fecha 21 de junio de 1861 a Lord Lyons, representante inglés en Washington, el Ministro del Exterior, Lord Russell, vuelve a referirse a este punto, estableciendo una distinción que está enteramente de acuerdo con la tradición clásica de la teoría del *bellum iustum*, ya que elimina conscientemente la cuestión de la causa justa. El ministro inglés afirma que en su discurso ante la Cámara de los Comunes sólo había señalado el ejemplo del reconocimiento de los insurgentes griegos para servirse de la máxima política sana de Canning, según la cual la cuestión de la beligerancia no era una cuestión de principios, sino puramente de hechos, y que

[161] El lugar es de suficiente importancia para ser citado textualmente: "Under such circumstances it seemed scarcely possible to avoid speaking of this in the technical sense as *iustum bellum*, that is, a war o two sides, without in any way implying an opinion of its justice, as well as to withold an endeavour, so far as possible, to bring the management of it within the rules of modern civilised warfare. This was all that was contemplated by the Queen's proclamation. It was designed to show the purport of existing laws, and to explain to British subjects their liabilities in case they should engage in the war. And however strongly the people of the United States might fell against their enemies, it was hardly to be supposed that in practice they would now vary from their uniformly humane policy of war". Esta última observación del Lord Canciller hace caso omiso de la correlación entre guerra justa y guerra civil (BRUNS, *Fontes Juris Gentium*, Ser. B Sect. 1, T. 1, Pars 2, pág. 106).

únicamente el efectivo y la fuerza de una parte que luche contra el Gobierno, y no la bondad de su causa ("not the goodness of their cause"), le daba derecho a la calificación y el tratamiento de beligerante[162].

Tales formulaciones demuestran hasta qué punto los juristas ingleses se atenían asimismo a la tradición clásica del concepto de guerra interestatal. Cuando hablan siempre de nuevo de su *neutralidad* frente a ambas partes de la guerra civil sólo se refieren, en realidad, a la aplicación del concepto de guerra interestatal no-discriminatario a una guerra civil intraestatal. Pero precisamente en este punto reside el gran interrogante, de manera que es muy comprensible la profunda alteración del Gobierno norteamericano. Tanto en el aspecto práctico como en el moral y el jurídico, el reconocimiento de insurgentes es todo menos que una determinación puramente práctica o puramente declaratoria. Todo reconocimiento de insurgentes de otro Estado por una gran potencia aumenta de un modo inmediatamente efectivo el potencial de lucha moral, jurídico, propagandístico y también bélico de estos insurgentes, altos traidores y saboteadores. Ante este hecho, son simplemente falsas todas las afirmaciones de un carácter puramente fáctico o declaratorio del reconocimiento. Si se hace abstracción de la *iusta causa* y se reconoce un *bellum iustum* de los insurgentes, ello representa, para el Gobierno legal, precisamente por la abstracción de todas las cuestiones jurídicas, un grave perjuicio y también una grave injusticia. En realidad, el Gobierno norteamericano atacaba con su argumentación la propia institución jurídica del reconocimiento de insurrectos como beligerantes, no sólo porque el reconocimiento de una guerra intraestatal es incompatible con la unidad e indivisibilidad de la soberanía estatal, sino también por la razón de que la equiparación jurídica de un Gobierno legal a sus enemigos intraestatales ilegales no se presenta de ningún modo como expresión de una neutralidad perfecta, sino por el contrario, implica una valoración de un proceso intraestatal que difiere de la valoración del Gobierno correspondiente y, como tal, significa siempre una *intervención* de amplias consecuencias.

[162] "I had quoted in the House of Commons the case of the Turks and Greeks in order to avail myself of the sound maxim of policy, enunciated by Mr. Canning, that the questions of belligerent rights is one, not of principle, but of fact; that the size and strength of the party contending againts a Government, and not the goodness of their cause, entitle them to the character and treatment of belligerents" (BRUNS, *Fontes Juris Gentium*, Ser. B Sect. 1, T. 1, Pars 2, pág. 109).

Unas instrucciones que el Secretario de Estado Seward envió con fecha 19 de junio de 1861 a Charles Francis Adams merecen, bajo este punto de vista, una breve mención especial. En ellas se señala que el Gobierno norteamericano, teniendo en justa consideración la soberanía de los Estados Unidos, no puede entrar en un debate acerca de la posición inglesa; los Estados Unidos continúan siendo el único y exclusivo soberano de los territorios que han adquirido legalmente y poseen desde hace tiempo; mantienen relaciones amistosas con Gran Bretaña, y en consecuencia, Gran Bretaña es ajena a todo partido o grupo ("section") dentro de nuestro país, indiferentemente de si la actitud de estos partidos o grupos es leal o no frente a los Estados Unidos; Gran Bretaña no tendrá jamás derecho alguno al calificar ("qualify") la soberanía de los Estados Unidos, ni tampoco a conceder a un partido, un Estado o un grupo cualesquiera derechos, intereses o atribuciones de poder que estén en contradicción a la soberanía inquebrantable de la Unión Federal. La actual insurrección armada no puede motivar en ningún caso un estado de guerra que afecte la soberanía del Gobierno, dé lugar a la formación de grupos beligerantes y justifique la intervención o la neutralidad de Estados extranjeros. El Secretario de Estado norteamericano añade a estas afirmaciones la siguiente frase, que es importante para nuestras ulteriores consideraciones: "Cualquier otro principio convertiría al Gobierno, en todas partes, en casualidad y capricho y llegaría finalmente a disolver toda la sociedad humana en un estado de guerra perpetua"[163].

[163] "This government could not, consistently with a just regard for the sovereignty of the United States, permit itself to debate these novel and extraordinary positions with the government of Her Britannic Majestic; much less can we consent that that government shall anounce to us a decision derogating from that sovereignty, at which it has arrived without previously conferring with us upon the questions. The United States are still solely and exclusively sovereign within the territories they have lawfully acquired and long possessed, as they have always been. They are at peace with all the world, as, with unimportant exceptions, they have always been. They are living under the obligations of the law of nations, and of treaties with Great Britain, just the

c) *El cambio del sentido del reconocimiento de un Gobierno extranjero*

El escrito norteamericano del año 1861 esta basado en el pensamiento de que la toma de posición jurídica de un Estado acerca de acontecimientos intraestatales de otro Estado puede ser una intervención contraria al Derecho de Gentes. Ello es decisivo para el segundo tipo de reconocimiento según el Derecho de Gentes que hemos de analizar ahora desde el ángulo de vista del hemisferio occidental. Se trata del reconocimiento de un Gobierno y de la cuestión de cuándo un nuevo Gobierno precisa un nuevo reconocimiento especial. El Derecho europeo de Gentes había establecido en este punto un cierto equilibrio y había transformado el reconocimiento de Estados y Gobiernos según el Derecho de Gentes en una especie de institución jurídica, por medio de la cual era tomado en consideración tanto el interés del Estado reconocedor en un "partenaire" de tratado digno de confianza, como también, por otro lado, el principio de la no-intervención en las cuestiones constitucionales internas del otro Estado. Los juristas más antiguos del Derecho de Gentes del siglo XIX, como Lorimer y Bonfils, habían desarrollado (aparte de la distinción entre un reconocimiento *de facto* y un reconocimiento *de iure*) diferentes tipos de reconocimiento: el com-

same now as heretofore; they are, of course, the friend of Great Britain, and they insist that Great Britain shall remain their friend now just as she has hitherto been. Great Britain, by virtue of these relations, is a stranger to parties and sections in this country, whether they are loyal to the United States or not, and Great Britain can neither righfully qualify the sovereignty of the United States, nor concede nor recognize any rights or interests of power of any party. State, or section in contravention to the unbroken sovereignty of the Federal Union. What is now seen in this country is the occurence, by no means peculiar, but frequent in all countries, more frequent even in Great Britain than here, of an armed insurrection engaged in attempting to overthrow the regularly constituted and established government. There is, of course, the employment of force by the government to suppress the insurrection, as every other government necessarily employs force in such cases. But the incidents by no means constitute a state of war impairing the sovereignty of the government, creating belligerent sections, and entitling foreign States to intervene or to act as neutrals between them, or in any other way to cast off their lawful obligations to the nation thus for the moment disturbed. Any other principle than this would be to resolve government everywhere into a thing of accident and caprice, and *ultimately all human society into a state of perpetual war*" (BRUNS, *Fontes Juris Gentium*, eod. págs. 108-9).

pleto, el parcial y el natural. Dentro de Europa, el reconocimiento seguía siendo interpretado, hasta fines del siglo XIX, como recepción en la familia de las naciones, como admisión en una asociación y por tanto como acto constitutivo. Ya hemos mencionado anteriormente que Lorimer consideraba este reconocimiento como la institución fundamental del Derecho europeo de Gentes. Pero en la misma medida en que se iba disolviendo la ordenación concreta del Derecho europeo de Gentes, también iba desapareciendo la conciencia de este carácter constitutivo. Así pues, el reconocimiento, según el Derecho de Gentes, de un nuevo Estado como también de un nuevo Gobierno ya no era calificado, de acuerdo con la teoría predominante, de acto de admisión constitutivo, pero, por otro lado, tampoco era interpretado como pura cuestión formal, sino como una "confirmación de confianza" con respecto a las relaciones entre un Estado y otro y un Gobierno y otro. El elemento espacial que es inherente a todo reconocimiento de Derecho de Gentes ya no era tenido en cuenta en esta construcción. En general, la práctica europea también trataba de seguir, en la cuestión del reconocimiento, la difícil línea media que se mueve entre una intervención inadmisible y una abstención, prácticamente imposible, de toda toma de posición jurídica. En la actitud contradictoria frente a la Unión Soviética y al Gobierno soviético en los años 1917 a 1924, se hizo evidente que la cuestión del reconocimiento era problema clave de una nueva ordenación mundial. En aquella época se reveló la imagen de la verdadera situación mundial: un nuevo gran espacio territorial en el Este de Europa, una comunidad europea del Derecho de Gentes en pleno proceso de disolución, un hemisferio occidental aún indeciso ante el dilema de aislamiento e intervención, y una Liga de Ginebra desorientada e ineficiente.

Sobre el suelo americano, la oposición extrema entre la no-intervención y la intervención se manifestaba, precisamente en cuanto al reconocimiento de nuevos Gobiernos, de forma tan inmediata y con tanta agudeza que el hemisferio occidental parecía ser, también en este aspecto, el reflejo aumentado y al propio tiempo agravado de la problemática europea del siglo XIX. Según la llamada *Doctrina Tobar*, que fue la base de un acuerdo entre las Repúblicas centroamericanas de Costa Rica, Guatemala, Honduras, Nicaragua y El Salvador, de fecha 20 de diciembre

de 1907, no debe ser reconocido ningún Gobierno de otro Estado que haya llegado al poder por medio de un golpe de Estado o un revolución, en tanto no haya sido organizado constitucionalmente por medio de una representación del pueblo libremente elegida. Con ello, quedaba proclamada la forma democrática de la legalidad y legitimidad como standard de Derecho de Gentes. La práctica del presidente W. Wilson elevó este standard de legalidad democrática a principio de Derecho de Gentes para el área del hemisferio occidental, según el cual únicamente son reconocidos aquellos Gobiernos que sean legales en el sentido de una Constitución democrática. Lo que significan en concreto los términos *democrático* y *legal* es definido, interpretado y sancionado en la práctica, como es natural, por el propio Gobierno reconocedor, o sea, en este caso por el Gobierno de los Estados Unidos. Evidentemente, una doctrina y práctica semejante del reconocimiento de nuevos gobiernos posee un carácter intervencionista. En cuanto al hemisferio occidental, el resultado de ello es que el Gobierno de Washington puede controlar efectivamente cualquier cambio de Constitución o cambio de Gobierno de otro Estado americano. En tanto los Estados Unidos se limiten al hemisferio occidental, esta práctica afecta únicamente a este gran espacio, pero puede alcanzar a cualquier otro Estado de la tierra en cuanto reclamen el derecho global al intervencionismo a escala mundial.

Por el contrario, surgió en suelo americano una construcción radicalmente opuesta que se apoyaba en el principio de la independencia de cada Estado, y por la que el reconocimiento según el Derecho de Gentes era calificado de medio inadmisible de intervención y por tanto era rechazado. Este punto de vista posee el valor dialéctico de una antítesis lógica y conserva este valor aún cuando se haya convertido, en el aspecto de la política del poder, en un gesto débil. Es el criterio que ha quedado expresado en la llamada *Doctrina Estrada* mejicana, y que llega, de modo consecuente, hasta el extremo de considerar todo reconocimiento semejante como contrario al Derecho de Gentes e incluso como ofensa al Estado o al Gobierno presuntamente reconocido, y de rechazarlo en base a este razonamiento[164].

[164] Esta doctrina lleva el nombre del Ministerio mejicano del Exterior Genaro Estrada, el texto fundamental de su declaración es el siguiente: "Tras

Todas las relaciones jurídico-internacionales recíprocas entre Estados, Gobiernos y partes combatientes en guerras civiles se convierten de este modo, en cada caso, en meras relaciones individuales de orden puramente fáctico. Desaparecen todos los reconocimientos *de iure* e incluso todos los reconocimientos *de facto*, y quedan ya tan sólo relaciones *de facto*. Aquí ya se revelaba el polo opuesto frente a una práctica global-centralista de reconocimiento[165].

La intervención desarrolla, como medio típico y específico, un concepto general del *reconocimiento* y *no-reconocimiento* según el Derecho de Gentes. Por lo tanto, no se trata tan sólo de un reconocimiento o no-reconocimiento de nuevos Estados o Gobiernos en el antiguo sentido tradicional de la práctica del Derecho de Gentes europeo, sino también de una aprobación o desaprobación en el sentido de una toma de posición jurídica acerca de cualquier otra modificación que sea considerada importante, en especial cualquier cambio territorial. La llamada

minuciosas deliberaciones, el Gobierno mejicano ha informado a sus Ministros o Encargados de Negocios en los países afectados por las recientes crisis políticas de que el Gobierno mejicano no tiene el propósito de formular declaraciones en el sentido de declaraciones de reconocimientos, ya que el Gobierno mejicano es de opinión de que un modo de proceder semejante tendría el carácter de una ofensa que no sólo representa un ataque a la soberanía de otros Estados, sino que tiene también el significado de que puede ser emitido por gobiernos extranjeros un juicio sobre asuntos internos de otras naciones, en cuanto que se permiten una especie de crítica cuando deciden —en sentido positivo o negativo— sobre las cualidades jurídicas de otros gobiernos". El texto de esta declaración está reproducido en el *American Journal of International Law*, 25, supl. pág. 203.

[165] Bajo este ángulo de vista, merece especial atención la frase de que "la moderna política suiza de reconocimiento muestra gran afinidad con esta doctrina mejicana". "La actitud de las autoridades suizas frente al Gobierno de Franco recordó en cierto sentido a la Doctrina Estrada... Incluso puede afirmarse que el Consejo Federal sacó con esta actitud (o sea no expresar ningún reconocimiento, ni de *iure* ni *de facto*, sino decidirse libremente en cada caso determinado) la única conclusión justa de la percepción de que en la época actual todas las cuestiones de reconocimiento están dominadas por la política y no por consideraciones jurídicas". Esto es lo que señala un autor suizo, Peter Stierlin, en su estudio *Die Rechtsstellung der nichtanerkannten Regierung im Völkerrecht* ("Zürcher Studien zum Internationalen Recht", edit. por H. Fritzsche y D. Schindler), Zurich, 1940, págs. 29 y 200. Estas frases son tanto más importantes cuanto que Suiza ha sido un ejemplo de corrección en las cuestiones de Derecho Internacional.

Doctrina Stimsom, que enlaza jurídicamente con el Pacto Kellogg de 1928, contiene la primera formulación auténtica de este tipo de reconocimiento. De acuerdo con sus primeras documentaciones, que datan del año 1932[166], el Gobierno de los Estados Unidos se reserva, para todas las partes del mundo, el derecho a negar el "reconocimiento" a cambios de posesión que hayan sido provocados mediante la aplicación ilegal de la fuerza. Ello significa que los Estados Unidos, por encima de la distinción entre hemisferio occidental y oriental, reclaman el derecho de decidir sobre la legalidad o ilegalidad de cualquier cambio territorial que tenga lugar en cualquier parte del mundo. Una reclamación semejante afecta la ordenación del espacio de la Tierra. Todo acontecimiento en cualquier punto de la Tierra puede interesar a los Estados Unidos. "An act of war in any part of the world is an act that injures the interests of my country". Estas palabras del presidente Hoover (1928) fueron destacadas por Stimson en la motivación de su doctrina. La práctica del Derecho público europeo trataba de abordar los conflictos en el marco de un sistema de equilibrio; ahora, en cambio, son universalizados en nombre de la unidad del mundo. "Sin el nuevo punto de vista (o sea, el de la Doctrina Stimson) —declaró el propio Secretario de Estado Stimson en relación con el motivo

[166] La Doctrina Stimson fue formulada en una nota dirigida, con el mismo texto, a China y Japón con fecha 7 de enero de 1932, y fue expuesta detalladamente el día 8 de agosto de 1932, en una alocución del Secretario de Estado norteamericano, Stimson, ante el Council of Foreign Relations (The Department of State, Publication N° 357). En la nota del 7 de enero de 1932 se manifiesta que el Gobierno de los Estados Unidos "tiene el propósito de no reconocer ninguna situación, ningún tratado ni ningún acuerdo que hayan sido originados por medios que sean contrarios a los convenios y obligaciones del tratado del 27 de agosto de 1928 (Pacto Kellog)". En una resolución de la Liga de Ginebra del 11 de marzo de 1932 se declara que "los miembros de la Liga son exhortados a no reconocer ninguna situación, ningún tratado ni acuerdos que hayan sido originados por medios que sean contradictorios al Pacto de la Sociedad de Naciones o al Pacto de París (Pacto Kellogg)". En una declaración del 3 de agosto de 1932, diecinueve Estados americanos manifestaron, con motivo de la Guerra del Chaco entre Bolivia y Paraguay, que "no reconocerán una regulación territorial del conflicto actual (o sea del Chaco) que no haya sido alcanzada por medios pacíficos, al igual que no reconocerán la validez de adquisiciones de territorios que hayan sido realizadas mediante la ocupación o la conquista por la fuerza de las armas". El Pacto Saavedra Lamas fue concertado seguidamente con fecha 10 de octubre de 1933.

práctico que representaba el conflicto de Extremo Oriente—, los acontecimientos en la lejana Manchuria no hubieran afectado en absoluto, según el antiguo Derecho de Gentes, a los Estados Unidos"[167]. Desde el nuevo punto de vista, sin embargo, estaban justificadas intervenciones que abarcaran todas las cuestiones políticas, sociales y económicas importantes en la tierra.

Las exposiciones de Stimson del 8 de agosto de 1932 también incluyen la más aguda y consciente desaprobación expresa de la guerra de desafío y la tendencia abierta a la criminalización, aún cuando no sea utilizada todavía, en esta ocasión precisamente, la palabra "crimen" y tan sólo se hable de ilegalidad y de infractores de la ley, y no directamente de criminales[168].

Hemos de volver a recordar, en este lugar, las frases antes citadas del Secretario de Estado Seward del año 1861. En aquel entonces, o sea, al comienzo de la Guerra de Secesión, los Estados Unidos se encontraban en una situación de defensiva que implicaba un autoaislamiento. La declaración de 1932, en cambio, establece su doctrina sobre una base de intervencionismo. El propio Secretario de Estado Stimson precisó su concepción del espacio en un discurso pronunciado el día 9 de junio de 1941 ante los cadetes de la Academia de Westpoint. En este discurso señaló que toda la tierra no era ahora más grande de lo que eran, al iniciarse la Guerra de Secesión en el año 1861, los Estados Unidos, que en aquel entonces ya eran demasiado pequeños para la oposición que separaba a los Estados del Norte y los de Sur.

Efectivamente, para el problema del nuevo nomos de la tierra, ésta es una afirmación importante, sobre todo si se rememora nuestras consideraciones acerca de la frase *cuius regio, eius economia* y su inversión extremadamente moderna: *cuius economia, eius regio.*

[167] Alocución del 8 de agosto de 1932, lug. cit.:"Except for this viewpoint and these covenants (Pacto Kellogg y Estatuto de la Sociedad de Naciones), these transactions in far-off Manchuria, under the rules of international law theretofore obtaining, might not have deemed the concern of the United States".

[168] Lug. cit.: "It (war) is an illegal thing. Hereafter when two nations engage in armed conflict either one or both of them must be wrongdoers —violators of this general treaty law (sc. the Briand-Kellogg Treaty). *We no longer draw a circle about them and treat them with the punctilios of the duellist's code. Instead we denounce then as law-breakers*".

7. La guerra a base de los modernos medios de destrucción

Las ciencias naturales facilitan hoy día a cualquier gobernante medios y métodos que trascienden el concepto del arma y con ello también el de la guerra. La evolución de los modernos medios de destrucción se produce simultáneamente con el cambio del sentido de la guerra, e incluso lo acelera. Hasta el momento, ha guardado el paso con el curso de las criminalizaciones.

En relación con nuestro tema, nos limitaremos a algunos puntos de vista acerca del espacio que aclaran la imagen espacial de las guerras del antiguo Derecho europeo de Gentes.

a) *La imagen espacial del escenario de guerra separado según tierra y mar*

El Derecho de Gentes europeo de la época interestatal consiguió en los siglo XVIII y XIX una acotación de la guerra. El adversario de guerra era reconocido como *iustis hostis* y distinguido del rebelde, del criminal y del pirata. La guerra perdió su carácter penal y sus tendencias punitivas en la misma medida en que cesó la discriminación entre una parte justa y otra parte injusta. La neutralidad pudo convertirse en una institución auténtica del Derecho de Gentes por la razón de que la cuestión de la causa justa llegó a ser jurídicamente irrelevante para el Derecho de Gentes.

De esta manera, la guerra se transformó en una relación entre Estados soberanos en igualdad de derechos. Los adversarios, reconocidos en ambos lados de modo idéntico como *iustis hostes*, se enfrentan sobre un plano de igualdad. Sin embargo, esta igualdad de ambas partes beligerantes —que ya había sido destacada en los siglos XVI y XVII por los verdaderos fundadores del Derecho de Gentes europeo, Alberico Gentili y Richard Zouch, como la *aequalitas hostium*— no llegó a ser elaborada por completo hasta los siglos XVIII y XIX, y únicamente en cuanto a la *guerra terrestre* europea. Tanto la guerra civil como la guerra colonial quedaron fuera de la acotación. Sólo la guerra terrestre europea de esta época era librada en ambos lados por las fuerzas armadas estatalmente organizadas. Gracias al hecho de que éstas libraban una guerra contra adversarios y no contra rebeldes, criminales o piratas, numerosas consideraciones pudieron convertirse en instituciones jurídicas. Sobre todo, se hizo posible no considerar ya a los prisioneros de guerra y a los vencidos como objeto de sanciones, de venganza o de retención de rehenes, no tratar ya la propiedad privada como botín inmediato de la guerra terrestre y concertar tratados de paz con cláusulas naturales de amnistía.

En la guerra marítima se desarrollaron instituciones del derecho de guerra distintas, pero también aquí se impusieron las consideraciones humanas. La batalla naval moderna, sin embargo, no era librada a la manera de una contienda sobre tierra firme. Un buque de guerra era hundido, ya que cada vez era menos frecuente, entre los pueblos europeos que practicaban la guerra marítima, que un barco de guerra izara la bandera blanca o se entregara al enemigo como una fortaleza en tierra firme. Además, la guerra marítima, como es bien sabido, continuó siendo una guerra comercial y económica en la que no sólo se combatían flotas de guerras estatales. La guerra marítima era y siguió siendo, en sí misma y de forma inmediata, una guerra de botín, que estaba dirigida directamente contra la propiedad privada enemiga e incluso neutral. Era y continuó siendo una guerra comercial, y es preciso tener en cuenta que el comercio, según el criterio del siglo XIX, era libre por su naturaleza, es decir, no-estatal, y asunto privado[169]. Hasta el momento de la abolición formal del corso en la Conferencia de París de 1856, también participaban activamente en la guerra marítima personas privadas provistas de autorización estatal. La Guerra americana de Secesión de 1861-65 aún fue, en gran parte, una guerra de corso. Pero aún después de la abolición del corso, la persona privada, con su propiedad privada, continuó siendo pasivamente el objeto inmediato de la guerra marítima y del derecho de botín marítimo. Los forzadores de bloqueos y los contrabandistas, cuya propiedad se convierte en buena presa, no son Estados, sino personas privadas. La ruptura de bloqueos y el contrabando efectuados por buques mercantes neutrales no representan una

[169] La "Libertad estatal del comercio como principio fundamental del Derecho internacional marítimo" es el tema de un trabajo de Serge Maiwald, en *Die Entwicklung zur staatlichen Handelsschiffahrt im Spiegel des internationalen Rechts*, Stuttgart, 1946.

violación de la neutralidad, sino actos realizados en el espacio del mar libre, es decir, no estatal, por comerciantes libres, o sea, no-estatales, cuya consecuencia es la de que propiedad privada, es decir no-estatal, se convierte de modo directo, mediante una acción bélica, en botín o buena presa para un Estado beligerante.

En esta guerra marítima no existe, por lo tanto, la igualdad pura, consecuentemente observada por ambos lados, de la guerra europea de Estados, que fue convertida por la guerra terrestre europea puramente militar del siglo XIX en base del desarrollo de instituciones jurídicas clásicas sobre la *occupatio bellica*, y que consiste en que Estados soberanos se enfrentan, como tales, en un plano de igualdad y también se respetan como tales en la guerra. En una guerra marítima, un buque de guerra, que es parte integrante de las fuerzas marítimas estatalmente organizadas, realiza actos hostiles *directamente contra personas privadas como tales*. El enfrentamiento de los *adversarios no representa* aquí un enfrentamiento entre Estados en igualdad de derechos como tales y como potencias organizadas, sino que, por el contrario, puede encontrarse en un lado un Estado soberano, y en el otro lado una persona privada que se distingue de cualquier Estado, sobre todo su propio Estado cuya bandera lleva, y que, como tal, no puede ser de la misma naturaleza que un Estado soberano beligerante y no puede luchar con él en un plano de igualdad a pesar de entrar en colisión directa con él en la guerra marítima.

Esta persona privada que practica su comercio privado, que rompe un bloqueo o efectúa el contrabando, es tratada por la potencia marítima beligerante como enemigo. Pero ¿es esta persona un *iustus hostis*? No lo puede ser en el mismo sentido que un Estado soberano en igualdad de derechos. Por otra parte, sin embargo, no es considerado como enemigo en el sentido de la guerra de aniquilación contra criminales y piratas. En realidad, los forzadores de bloqueos y los contrabandistas no actúan en contra del Derecho de Gentes, sino a riesgo propio y particular; no actúan de forma ilegal, pero sí peligrosa. Ello es posible por el hecho de que ambos procesos, la ruptura del bloqueo y el contrabando, se desarrollan esencialmente en la "tierra de nadie" de una doble libertad, es decir, no-estatalidad, o sea en primer lugar, en el aspecto espacial, en el ámbito del mar libre, y en segundo lugar y materialmente, en el ámbito del libre

comercio. Pero tanto el Estado que practica la guerra marítima y ejerce el derecho de presa, como también la persona privada que se dedica al comercio, y cuyo barco o propiedad son convertidos en objeto del derecho estatal de presa, aparecen juntos ante un tribunal de presas y son sometidos a la sentencia de un juez independiente del Estado beligerante que impone las reglas del derecho de presas basadas en el Derecho de Gentes. De este modo, queda conservado el pensamiento de una igualdad jurídica y de un plano idéntico en el sentido jurídico, que en la guerra interestatal pura está basado en la calidad de *iustus hostis* y en la *aequalitas* mutua de esta calidad de adversario. Si es destruida la concepción específicamente estatal del *iustus hostis*, quedan anuladas la naturaleza de la guerra terrestre acotada según el Derecho de Gentes y todas sus instituciones jurídicas clásicas. En la guerra marítima, fue la jurisdicción de presas la que sirvió para evitar, formalmente y por principio, tal anulación.

Así pues, el significado extraordinario, para el Derecho de Gentes, de la jurisdicción de presas reside en que crea la posibilidad de aplicar justicia y reciprocidad también frente al *enemigo no-estatal*. Este es el sentido de esta institución jurídico-internacional igualmente clásica, por lo que su importancia para el derecho de guerra marítima es fundamental. Si cae en desuso, es que se ha transformado la propia guerra marítima. Fue creada, en su configuración clásica, por los grandes jueces de presas de la época napoleónica y desarrollada, con plena conciencia de esta vinculación, no como una institución nacional-estatal, sino como una institución internacional vinculada directamente con el Derecho de Gentes. Si bien el juez de presas es designado e investido por su propio Estado nacional, no es investido con tareas y atribuciones nacional-estatales, sino sujetas de modo inmediato al Derecho de Gentes.

Con todas estas instituciones del Derecho de Gentes basadas en la igualdad jurídica y moral se corresponde un espacio opuesto en el *mismo plano* del escenario de guerra. En el Derecho de Gentes clásico, la guerra terrestre y la guerra marítima eran claramente distinguibles entre sí. La guerra en tierra firme del Derecho europeo de Gentes era *puramente terrestre*, la guerra en el mar *puramente marítima*. Las dos ordenaciones del espacio que correspondían a los dos tipos distintos de guerra estaban clara-

mente separadas también en el aspecto espacial. Existía la posibilidad de que la guerra terrestre y la guerra marítima coincidieran en el espacio, y que con lo medios de la guerra terrestre se produjeran efectos en el espacio marítimo, y viceversa. Pero con lo medios técnico-bélicos del siglo XIX, el efecto desde la tierra sobre el mar apenas entraba en consideración. Era mayor la posibilidad inversa de un efecto desde el mar sobre la tierra. El bloqueo de un puerto marítimo o una zona costera y el bombardeo de puertos y ciudades de la costa constituyen ejemplos lógicos de una guerra marítima que no se limitaba al espacio del mar, sino que, desde el mar, producía su efecto, con ayuda de sus medios específicos, directamente sobre tierra firme. Pero también esta colisión entre la guerra terrestre y la guerra marítima se producía tan sólo al margen de estos dos ámbitos y no se extendía en medida considerable tierra adentro. No conducía, ni mucho menos, a que la potencia marítima que efectuaba un bloqueo tuviera que asumir una obligación, de acuerdo con el Derecho de Gentes, frente al territorio bloqueado y sus habitantes como lo había de hacer, en la *occupatio bellica*, la potencia terrestre frente al territorio ocupado y sus habitantes. La extensión de la guerra marítima al ámbito terrestre llevaba únicamente a una serie de problemas de delimitación relacionados con el bloqueo y el derecho de botín y presa, como por ejemplo la cuestión de si el derecho de presa podía ser ejercido sobre ríos o el problema de las llamadas presas terrestres. La sustancia de ambos tipos de guerra, que en lo esencial era o bien puramente terrestre o puramente marítima, no era puesta en duda por tales cuestiones de delimitación. La tierra y el mar continuaban siendo dos mundos claramente separados y distinguibles, y en consecuencia, también eran escenarios, distinguibles entre sí, de tipos de guerra diferentes y claramente separados[170].

Los hombres del siglo XIX se habían acostumbrado a distinguir, en el aspecto del Derecho de Gentes, entre la tierra y el mar como ordenaciones del espacio separadas y como áreas separadas, y a ver el comienzo del mar libre en el límite de la zona de las tres millas de las aguas litorales. Pero, sin embargo, apenas

[170] Véase el trabajo de FERDINAND FRIEDENSBURG, *Der Kriegsschauplatz* (tesis doctoral presentada en Berlín, 1944).

eran conscientes de las propias ordenaciones del espacio y sus equivalentes en el derecho de guerra. Sin consideración al carácter puramente marítimo de un imperio insular en su conjunto, el suelo de la potencia marítima Inglaterra, por ejemplo, era considerado como tierra firme y escenario de la guerra terrestre recíproca lo mismo que el suelo de una potencia terrestre, grande o pequeña, como Alemania, Rusia o Suiza. Para los juristas del Derecho de Gentes de aquella época, una tierra era igual que otra. Para ellos, el puerto de Londres, era, en el *aspecto jurídico*, tierra del mismo modo que lo era un campo de cereales en la región de Suabia, por ejemplo, aún cuando en aquel puerto eran registrados barcos de contrabando que sólo habían tomado rumbo a Londres por orden expresa, o se tomaban como presa terrestre mercancías almacenadas en el puerto. El problema fundamental del espacio sólo era considerado en cuestiones individuales tratadas en un sentido positivista, y por lo demás era discutido generalmente de manera polémico-política, pero no con razonamientos jurídicos sistemáticos.

Por ello, un criterio individual que fue acogido sin comprensión, y al que jamás se prestó atención, merece ser mencionado hoy día precisamente por su singularidad absoluta. Se trata del criterio de un eminente sociólogo teórico de la ciencia de la guerra, el general Gustav Ratzenhofer[171]. Este soldado de la monarquía austro-húngara, o sea de una potencia terrestre, sintió, desde el ángulo de vista de su existencia esencialmente terrestre, la oposición frente a la existencia puramente marítima de Inglaterra y sacó de ella una conclusión de gran alcance para el Derecho de Gentes que, según hemos mencionado, no mereció la atención de los juristas de la época y apenas pudo ser comprendida. La idea de Ratzenhofer era la de que una guerra sobre la isla de Inglaterra, en caso de que algún día desembarcaran tropas allí, no podía ser librada según las reglas del Derecho de Gentes, sino según el derecho de botín de la guerra marítima, puesto que Inglaterra, en general, se había atenido a la guerra marítima y había rechazado las limitaciones del derecho de botín conseguidas por el Derecho de Gentes en la guerra terrestre. Esta fue una tesis que, partiendo de un modo de pensar orientado por

[171] GUSTAV RATZENHOFER, *Die Staatswehr. Wissenschaftliche Untersuchung der öffentlichen Wehrangelegenheiten*, Stuttgart, 1881, páginas 274-75.

la tierra, trataba de sacar la consecuencia de represalias fundamentales. Sólo hemos citado aquí la tesis de Ratzenhofer como excepción y por motivos heurísticos, pero desde luego como una excepción muy instructiva, puesto que revela en toda su profundidad el contraste entre tierra y mar, así como la oposición entre dos tipos de guerra y sus conceptos distintos de enemigo y guerra y botín.

A continuación conoceremos una imagen opuesta surgida en el ámbito marítimo, o bien relacionado con el mar.

b) *El cambio de la imagen del espacio de los escenarios de guerra*

Esta imagen de los dos espacios separados de tierra y mar cambió fundamentalmente, por necesidad, en el momento de aparecer, al lado del ejército de tierra y de la marina tradicionales, una tercer arma independiente: la aviación. En un principio, desde luego, la nueva arma era considerada como un mero medio de intensificación y ampliación de la guerra terrestre y la guerra marítima, como un mero elemento o un ingrediente de las antiguas armas y de los viejos conceptos de enemigo, guerra y botín ligados a ella, con su tradicional asentamiento en escenarios de guerra separados. Pero muy pronto se puso de manifiesto que esta intensificación y esta ampliación afectaban de la manera más profunda la naturaleza del tipo de guerra intensificado de tal forma y de su espacio correspondiente, pues era evidente que una flota de guerra protegida por aviones y ampliada así hacia el espacio aéreo ya no era un arma puramente marítima al estilo antiguo y limitada a la superficie del mar libre. También estaba perfectamente claro que un derecho de botín marítimo ejercido por aviones modifica fundamentalmente el carácter puramente marítimo y con ello la tradicional justificación jurídica de tal derecho de botín. Naturalmente puede utilizarse un avión para ejercer el derecho de presa en alta mar, y también puede sostenerse el criterio de que con ello no se ha producido ningún cambio, en el aspecto jurídico, frente al antiguo derecho de presa puramente marítimo, sino que sólo ha añadido, en el aspecto puramente técnico, un nuevo medio eficaz para el control del comercio marítimo, la detención y localización de barcos, la imposición de rumbos, etc. En realidad, el avión anula el carácter puramente marítimo del antiguo

derecho de presa, dado que anula la esfera y el plano del mar libre, y con ello el claro enfrentamiento de los enemigos mutuos.

El submarino ya había provocado una modificación del espacio de amplias consecuencias. Representa el submarino un medio de guerra o de tráfico puramente marítimo que no está ya limitado a la superficie del mar libre, mientras que en las antiguas concepciones del escenario de guerra marítima se pensaba principalmente en la superficie del mar. Por ello, todas las concepciones del derecho de guerra marítima se vieron alteradas necesariamente al surgir submarinos en cantidades considerables, sea como medio de guerra marítima, sea como medio del comercio marítimo. En el caso de los submarinos mercantes "Deutschland" y "Bremen", que durante la primera guerra mundial (1916) navegaban, sin armamento de ninguna clase, de Alemania a los Estados Unidos de América transportando mercancías (níquel y goma), no sólo los Gobiernos de Inglaterra y Francia afirmaron que estos submarinos mercantes eran realmente navíos de guerra, sino también hubo juristas eminentes ingleses que establecieron la tesis de que submarinos eran, *por su naturaleza*, buques de guerra y no podían ser considerados de ningún modo como barcos mercantes en el sentido del antiguo Derecho de Gentes[172]. Esta tesis reflejaba una consecuencia de razonamiento que se derivaba tan fundamentalmente de la existencia marítima como la tesis antes mencionada del general Ratzenhofer había resultado de una existencia terrestre.

El hecho es que la utilización de submarinos en la guerra marítima ya puso de relieve, en los primeros meses de la guerra mundial de 1914, su efecto en el sentido de una modificación del espacio. El ejercicio del derecho de presa fue trasladado (con la llamada "práctica de Kirkwall" iniciada en el invierno de 1914-15) del mar libre a la tierra firme. Los buques mercantes eran dirigidos simplemente, mediante la imposición de un cambio de rumbo, a un puerto de la potencia beligerante y registrados allí

[172] *The Grotius Society*, III (1918), págs. 37 y sig. "The Deutschland", por His Honour Judge Atherley-Jones. En Inglaterra y Francia, este criterio se hizo predominante durante la primera guerra mundial. RAOUL GENET, *Précis de Droit maritime pour le temps de guerre*, París, 1937-38, considera a los submarinos mercantes como buques mercantes; comp. además, acerca de esta cuestión, GARNER, *International Law and the World War*, t. II, pág. 467.

por las autoridades aduaneras, no por oficiales de Marina. Aún en 1913, en el caso *Carthage*, la sentencia arbitral de La Haya había declarado contrario al Derecho de Gentes un registro, según el derecho de presa, en el puerto de un potencia beligerante, puesto que en la concepción tradicional el ejercicio del derecho de botín aún estaba vinculado a la superficie del mar libre. En otros muchos casos se había observado con gran tenacidad el principio de que un cambio de los medios técnicos no afecta la vigencia de normas una vez reconocidas. La zona de las tres millas aún continuaba en vigor con la misma cifra fija, según hemos expuesto anteriormente (págs. 182-183), cuando la técnica de artillería ya había aumentado considerablemente el alcance de los cañones, la *vis armorum*, o sea había centuplicado las tres millas del siglo XVIII. Ahora, sin embargo, ante la cuestión de la imposición de un cambio de rumbo y el traslado del ejercicio del derecho de presa del mar a la tierra, todas las potencias beligerantes adoptaron inmediatamente, con sorprendente naturalidad, la nueva práctica alegando como motivo necesidades técnicas. En el más breve tiempo, la sentencia de La Haya de 1913 quedó desvirtuada. No causó la más mínima impresión a los juristas occidentales del derecho de la guerra marítima el hecho de que la Unión Soviética, en su nota dirigida con fecha 26 de octubre de 1939 al Gobierno inglés, protestara, bajo referencia a aquel caso "Carthage", contra la práctica de la imposición del cambio de rumbo. Esta protesta tampoco modificó en lo más mínimo el hecho del traslado del derecho de botín marítimo del mar a la tierra. El carácter hasta entonces puramente marítimo de una parte integrante esencial de la beligerancia marítima, o sea el ejercicio del derecho de botín marítimo, ya había sido afectado definitivamente, en su esencia, por la aparición del submarino.

En todo caso, el submarino aún permanece en el elemento del mar. El avión, en cambio, no sólo abandona la superficie del mar, sino también el elemento marítimo mismo. Cuando un avión ejerce el derecho de presa, la práctica de la imposición de un cambio de rumbo se convierte en una cosa natural, a no ser que el buque mercante que ha de ser controlado sea destruido simplemente. Ello significa, en el resultado final, que el ejercicio del derecho de botín marítimo se ha trasladado, mediante la intervención de la aviación, mucho más aún del mar abierto al

puerto, del mar a la tierra, y que la guerra comercial marítima adopta finalmente un carácter puramente terrestre. El derecho de presa en alta mar se torna prácticamente obsoleto o por lo menos queda reducido a pocos casos. Todo lo esencial se desarrolla en el puerto. La práctica del sistema Navy-cert se impone casi sin oposición y solamente es una consecuencia inevitable, una expresión de esta territorialización de la beligerancia marítima en tanto en cuanto la guerra marítima es directamente guerra de botín, como, desde luego, lo suele ser en primer lugar.

Un segundo efecto espacial, igualmente importante, del avión que participa en la beligerancia marítima consiste en que espacios enteros del mar libre son declarados zonas de guerra o regiones cerradas, o sea que son excluidos del ámbito de la libertad de los mares. Esta evolución, que sólo deseamos mencionar brevemente en este lugar, ya fue iniciada en la primera guerra mundial por el submarino. Con el avión fue aumentando, sin encontrar resistencia alguna, hasta lo imprevisible, pues prácticamente se sobreentiende que también es incluido en la zona marítima cerrada el espacio aéreo encima de la misma.

Así, pues, la utilización del avión ya modificó, en el marco de la antigua guerra marítima, el carácter que hasta entonces revestía este tipo de guerra. Como consecuencia de la combinación de la aviación con la guerra marítima, el espacio de alta mar, el mar libre, ya no es el espacio previsto como escenario en el sentido de las instituciones clásicas del derecho de guerra marítima. Frente a ello, la guerra aérea independiente librada contra el potencial bélico del enemigo, y que no se desarrolla en el marco de las operaciones bélicas puramente terrestres o puramente marítimas, representa en mucho mayor grado un nuevo tipo de guerra que no es posible definir, por analogía o paralelo, a base de las reglas de la antigua guerra terrestre o guerra marítima. La aviación independiente trae consigo un nuevo tipo igualmente independiente de aplicación de la fuerza, de cuyas consecuencias específicas para los conceptos de enemigo y guerra y botín hemos de tomar conciencia.

c) *El cambio del espacio de la guerra aérea*

Como es bien sabido, las potencias no han podido llegar

hasta ahora a un acuerdo sobre ninguna regla precisa de la guerra aérea. La frase general de que únicamente objetos militares o de importancia para la guerra están autorizados como objetivos del lanzamiento de bombas sólo puede ser considerada, por razón de los conceptos que en ella se utilizan, y tras la experiencia de dos guerras mundiales, como formulación problemática y no como regla precisa. En vista de este vacío era comprensible que los juristas del Derecho de Gentes positivo trataran, en un principio, de encontrar un modo de enlace con las normas tradicionales del Derecho de Gentes europeo, de resolver los problemas del derecho aéreo con ayuda de transferencias, analogías y paralelos de la guerra terrestre o marítima, y de descubrir de esta manera algunos puntos de vista jurídicos para la limitación de la guerra aérea independiente a fin de lograr también una acotación de este nuevo tipo de guerra. Como es natural, para los autores ingleses, en virtud de su existencia marítima, lo más convincente era el paralelo con el derecho de guerra marítima. Para ellos, un avión que lanza bombas sobre seres humanos y sobre instalaciones en el "hinterland" del enemigo era, según el Derecho de Gentes, lo mismo que un barco que dispara sobre una costa y cuyos proyectiles alcanzan puntos muy lejanos en tierra firme. Para este modo de enfoque, es indiferente si los cuerpos explosivos son lanzados por la artillería desde el mar a la tierra o si son transportados por aviones al "hinterland" y lanzados allí sobre la tierra y las personas u objetos que se encuentren en ella. Otros juristas propusieron llevar a cabo la determinación de aquello que era objeto de importancia bélica, y por tanto objeto autorizado para el lanzamiento de bombas, según la analogía del concepto de contrabando, considerando así todo lo que en la guerra marítima era calificado de contrabando como blanco autorizado y como objetivo del lanzamiento de bombas en la guerra aérea.

Precisamente este paralelo entre la guerra marítima y la guerra aérea es especialmente apropiado para revelar la problemática de transferencias de conceptos del derecho de guerra del mar al espacio aéreo, pues este paralelo ignora un factor específico del Derecho de Gentes: la correlación entre el tipo de guerra y el derecho de botín. El concepto de contrabando tiene el sentido de determinar los objetos de un derecho de botín y de presa que es característico de la guerra marítima. Estos

objetos de un derecho de botín no son enfocados como cosas destinadas a la mera destrucción, y su determinación y precisión no es llevada a cabo desde este punto de vista. En cambio, el lanzamiento de bombas desde el aire sólo tiene el sentido y el propósito de una destrucción. La guerra aérea independiente, que no representa una forma bélica que se añade a las armas y métodos de la antigua guerra terrestre o marítima, sino que es un tipo de guerra totalmente nuevo, se distingue de los otros dos tipos de guerra precisamente por el hecho de que no es una guerra de botín, sino pura guerra de destrucción. Sería inútil discutir sobre si debe verse una ventaja o una desventaja moral en el hecho de que en la guerra aérea independiente, en virtud de los medios y métodos específicos de la propia aviación, no puede hacerse botín, mientras que esta posibilidad de un botín inmediato existe tanto en la guerra terrestre como en la guerra marítima.

Es cierto que también en la guerra terrestre y la guerra marítima son utilizados medios bélicos de la misma fuerza de destrucción que los que se emplean en la guerra aérea. Pero la guerra terrestre no excluye que sus medios y métodos sirvan para lograr la ocupación del territorio enemigo. La ocupación es incluso, según el criterio del Derecho de Gentes europeo, el fin material y necesario y en cierto sentido natural de las operaciones en la guerra terrestre. Un ejército que ocupa territorio enemigo tiene normalmente un interés en conservar la seguridad y el orden en el territorio ocupado y en establecerse como autoridad. Forma parte del ejercicio del poder de ocupación la *autorité établie* de la potencia ocupante (art. 43 del Reglamento sobre la Guerra Terrestre de La Haya de 1907). Aún queda por ver si este estado de cosas no será anulado en el futuro en virtud del aumento extraordinario de las armas de largo alcance. En todo caso, gracias a la tendencia a la ocupación que antes era inherente a la guerra terrestre, ésta mostró en los siglos XVIII y XIX una acusada orientación hacia una limitación de la pura guerra de destrucción, logrando mayores posibilidades para una acotación efectiva de la guerra en sí, e incluso pudo llegar a convertir, según hemos observado anteriormente (pág. 204 y sig.), la *occupatio bellica* en una auténtica institución del Derecho de Gentes.

La guerra marítima incluye en mucho mayor grado elemen-

tos de la guerra pura de destrucción. Cuando son aplicados los medios de la guerra marítima contra la tierra, ello conduce a un bloqueo y no a una ocupación. La potencia marítima que efectúa el bloqueo no tiene, contrario a una potencia terrestre que lleva a cabo una ocupación, ni el más mínimo interés en que en la zona bloqueada reinen la seguridad y el orden. El ejército de tierra puede mantener una *autorité établie*, es decir una relación positiva con el territorio ocupado y su población, puesto que la ocupación militar es realizada únicamente por un ejército que efectivamente está presente en el propio territorio y establece allí su autoridad. Con ello se inicia necesariamente un contacto inmediato entre el ejército ocupante y la población del territorio ocupado y el propio territorio ocupado. En cambio, la flota que efectúa un bloqueo solamente tiene una relación negativa con la zona bloqueada y sus habitantes, en el sentido de que ambas, la zona y su población, no son para ella nada más que la meta de una aplicación de la fuerza y el objeto de un medio de presión. Aquí puede hablarse de una fuerza bloqueadora, pero no, en analogía con el poder de ocupación, de un poder de bloqueo y de relaciones jurídicas con la población. En tanto la guerra marítima sea una guerra de botín acotada de acuerdo con el Derecho de Gentes, el interés por el botín, según ha hallado su forma jurídica en el derecho de presa, no está dirigido contra objetos en tierra firme, sino única e inmediatamente contra el comercio marítimo del y con el territorio bloqueado.

Esta diferencia entre los métodos de aplicación de la fuerza es esencial, pues se refiere al núcleo de todo orden humano, a la vinculación eterna entre protección y obediencia, *the mutual relation of protection and obedience*. Naturalmente, también la guerra terrestre puede ser librada como guerra de destrucción, y con bastante frecuencia ha sido librada como guerra directa de botín. Pero la potencia terrestre ocupante puede tener asimismo interés en la seguridad y el orden en el territorio ocupado. Así, se hizo posible, según hemos señalado, que la ocupación militar se convirtiera en una institución jurídica del Derecho de Gentes, como sucedió efectivamente en el siglo XIX por medio del Reglamento sobre la Guerra Terrestre de La Haya. En virtud de que el ejército ocupante mantiene el orden público en el territorio ocupado y protege a su población, ésta está obligada por su parte, en consecuencia, a la obediencia frente a la potencia ocupante. Aquí se hace evidente la vinculación inmediata entre la protección y la obediencia, que radica en una relación espacial concreta que une a una potencia ocupante efectivamente presente con la población del territorio ocupado. La potencia ocupante puede tener planes y propósitos distintos: es posible que desee incorporar, anexionar o utilizar el territorio ocupado como objeto de cambio o como garantía, o bien que se proponga asimilar a la población y explotarla. Siempre, aún cuando se apodere de rehenes, sigue siendo imaginable una relación entre la protección y la obediencia, y siempre ha existido en suelo europeo, al menos en la época del Derecho de Gentes europeo, una relación con la tierra europea y sus habitantes. La guerra terrestre como guerra directa y total de botín o incluso como guerra pura de aniquilación y destrucción había quedado suprimida desde las guerras de religión del siglo XVII, tras haber ocupado su lugar las instituciones de la guerra europea de Estados de los siglos XVIII y XIX, gracias a las cuales se habían logrado acotaciones clásicas de la guerra.

En cambio, en el bloqueo según el derecho de guerra marítima, que es llevado a cabo desde el mar, no existe un intento de verificación de esta correlación entre la protección y la obediencia. Para los habitantes del territorio enemigo que se encuentran bajo los efectos de los medios bélicos marítimos, o sea, para la población afectada por el bloqueo marítimo de un territorio, la potencia marítima bloqueadora siempre está lejana y ausente. Actúa mediante la violencia y ejerce, por medio del cañoneo o de un bloqueo de hambre, una presión que quizá resulte muy eficaz; pero esta acción no incluye ni siquiera aquellas tendencias de protección y mantenimiento del orden que pueden existir incluso en el caso de una ocupación por fuerzas armadas dirigidas hacia la explotación del territorio ocupado. El interés que pueda tener una Marina que efectúa un bloqueo en las circunstancias existentes en el territorio bloqueado, sólo puede ser negativo y estar dirigido hacia la destrucción de todo orden.

Únicamente cuando son consideradas la guerra terrestre y la guerra marítima bajo estos puntos de vista de la ordenación del espacio del Derecho de Gentes, es posible llegar a tomar conciencia de la nueva problemática que la guerra aérea plantea al Derecho de Gentes. Considerado desde el ángulo de vista

espacial, el cambio se revela por el hecho de que, con referencia al espacio aéreo, ya no puede hablarse como hasta ahora de un escenario de guerra. A partir del siglo XVII, desde los comienzos de la guerra interestatal europea, los hombres se habían acostumbrado a la imagen de un escenario de guerra, un *theatrum* de la guerra terrestre. También fue aún posible, aunque no con la misma precisión, colocar al lado de la imagen de un escenario de la guerra terrestre la imagen de un escenario de la guerra marítima. La guerra aérea independiente, en cambio, si bien tiene un espacio propio, ya no tiene, sin embargo, ni escenario ni espectadores. Aparte de las batallas aéreas, la guerra aérea ya no se desarrolla, como la guerra terrestre y la guerra marítima, a modo de un enfrentamiento horizontal en el que ambos beligerantes están situados en el mismo plano. El espacio aéreo no es un volumen superpuesto a la tierra o al mar, que pueda imaginarse como una columna hueca o un cajón vacío colocado sobre la base de la tierra firme o del mar libre, y dentro del cual tiene lugar, en la guerra aérea, lo mismo que sucede en la guerra terrestre o la guerra marítima, sólo que a un nivel elevado en unos cientos o unos miles de metros. Todas las construcciones que operan con tales concepciones y se imaginan el Derecho de Gentes de la guerra aérea en parte según la forma y en analogía con la guerra terrestre, y en parte en analogía con la guerra marítima, son contrarias a la cuestión y en el fondo inútiles. Conducen a la conclusión de que la guerra aérea sobre tierra firme ha de ser librada de acuerdo con las reglas de la guerra terrestre, y la guerra aérea sobre el mar libre según las reglas de la guerra marítima, siendo consideradas las zonas litorales, para mayor sencillez, casi siempre como tierra firme. Para el bombardero que vuela sobre tierra firme debe ser sagrada la propiedad privada, pero sólo mientras vuele por allí; un segundo más tarde, después de alcanzar el espacio aéreo sobre el mar libre, la misma propiedad privada, de repente, ya no es sagrada para el mismo medio bélico y frente al mismo enemigo, sino se ha convertido en objeto del derecho de botín o de una destrucción legal. En este punto decisivo son nulas todas las transferencias y todas las analogías o paralelos que puedan ser establecidos entre la guerra terrestre o marítima y la guerra aérea. Pero aquí también quedan anuladas todas las instituciones y principios sobre cuya base era posible hasta ahora un derecho de guerra, es decir, una acotación de la guerra.

Hoy día ya no es posible seguir aferrándose a las concepciones tradicionales del espacio o imaginarse el espacio aéreo como una mera pertinencia o como un ingrediente, sea de la tierra o del mar, lo cual equivaldría a pensar de un modo francamente ingenuo desde abajo hacia arriba. Sería la perspectiva de un observador que, desde la superficie de la tierra o del mar, mira al aire con la cabeza inclinada hacia atrás, desde abajo hacia arriba, mientras que el bombardero que cruza el espacio aéreo produce su tremendo efecto desde arriba hacia abajo. A pesar de todas las diferencias entre la guerra terrestre y la guerra marítima, existía en estos dos tipos de guerra un nivel común, y la lucha se desarrollaba, también en sentido espacial, en la misma dimensión en la que los combatientes se enfrentaban sobre un plano idéntico. El espacio aéreo, en cambio, se convierte en una dimensión propia, un espacio propio que, como tal, no enlaza con las superficies separadas de tierra y mar, sino hace caso omiso de su separación, distinguiéndose, así esencialmente en su estructura, tan sólo por esta razón, de los espacios de los otros dos tipos de guerra. El horizonte de la guerra aérea no es el mismo que el de la guerra terrestre y la guerra marítima, e incluso surge el interrogante de si aún puede hablarse, y hasta qué punto, de *horizonte* en la guerra aérea. La modificación estructural es tanto mayor cuanto que ambas superficies, la de la tierra y la del mar, están sometidas indistintamente al efecto que es producido desde arriba, desde el espacio aéreo, hacia abajo. La actitud del ser humano que se halla en tierra firme frente a los aviones que producen su efecto sobre él desde el aire, es más bien la de un ser viviente en el fondo marino frente a los barcos en la superficie del mar que la de un hombre frente a sus semejantes.

La guerra aérea independiente anula la relación entre la potencia que emplea la fuerza y la población que es afectada por la misma en un grado mucho más elevado que en el caso del bloqueo en la guerra marítima. En el bombardeo desde el aire, se hace absoluta la ausencia de la relación entre el beligerante y el suelo y la población enemiga que se encuentra en él; aquí ya no queda ni una sombra de la vinculación entre la protección y la obediencia. En la guerra aérea independiente no existe, ni para uno ni para el otro lado, la posibilidad de establecer esta relación. El avión llega por el aire y lanza sus bombas sobre la

tierra; el piloto que efectúa un vuelo en picado asciende de nuevo en altura, y ambos ejercen su función destructora e inmediatamente abandonan este suelo, con todo lo que se halla en él, hombres o cosas, a su destino, es decir, a los gobernantes del Estado en cuestión. Al igual que un análisis de la relación entre el tipo de guerra y el botín, un estudio de la vinculación entre la protección y la obediencia pone de relieve asimismo la falta absoluta de asentamiento y con ello el carácter puramente destructivo de la guerra aérea moderna.

d) *El problema de la guerra justa*

Se me responderá que, en cuanto a este tipo de guerra aérea, se trata únicamente de un problema técnico, es decir, de armas de largo alcance. Ello es cierto. Pero precisamente esta observación apunta a otra relación importante con el problema de la guerra en el Derecho de Gentes, pues la limitación de los medios de destrucción, la acotación de la guerra, está vinculada en tercer lugar —aparte del derecho de botín y de la relación con la población afectada por la guerra— con la cuestión de la guerra justa. Esta cuestión muestra dos aspectos distintos: el del enemigo legalmente reconocido y distinguido del criminal y del monstruo, el *iustus hostis*, y el de la *iusta causa*. Ambos aspectos de la cuestión se encuentran en correlación específica con el tipo de las armas. Cuando las armas llegan a ser desiguales de manera evidente, queda anulado el concepto de guerra mutuo basado en el supuesto del nivel idéntico. La guerra en ambos lados tiene que incluir una cierta probabilidad, un mínimo de posibilidad de conseguir una victoria. Cuando no es así, el enemigo ya no es más que el objeto de una medida coercitiva, en cuyo caso la oposición entre las partes beligerantes aumenta en un grado correspondiente. El vencido trasladará la diferencia entre poder y derecho al plano del *bellum intestinum*. El vencedor considerará la superioridad de sus armas como una prueba de su *iusta causa* y declarará criminal al enemigo, puesto que ya no es posible realizar el concepto del *iustus hostis*. La discriminación del enemigo como criminal y la simultánea implicación de la *iusta causa* de producen paralelamente a la agudización de los medios de destrucción y a la falta de asentamiento del escenario de guerra. La evolución de los medios técnicos de destrucción

abre el abismo de una discriminación moral y jurídica igualmente destructiva.

El jurista norteamericano del Derecho de Gentes James Brown Scott se empeñaba en ver en la orientación moderna hacia el concepto discriminatorio de guerra un retorno a las doctrinas teológico-cristianas de la guerra justa. Sin embargo, las tendencias modernas no implican un resurgimiento de doctrinas cristianas, sino que son un fenómeno ideológico que aparece simultáneamente con la evolución técnico-industrial de los medios modernos de destrucción. El piloto de un bombardero o de un avión que efectúa vuelos en picado utiliza sus armas contra la población del territorio enemigo de forma vertical, lo mismo que San Jorge utilizaba su lanza contra el dragón. Al ser convertida hoy día la guerra en una acción policial contra alteradores de la paz, criminales y elementos antisociales, también es preciso aumentar la justificación de los métodos de este *police bombing*, de modo que se está obligado a llevar hasta un extremo abismático la discriminación del adversario. Sólo en este aspecto pueden poseer una actualidad inmediata, aún hoy día, las tesis medievales de la guerra justa. Ya hemos hablado de la prohibición medieval de las armas de largo alcance que fue establecida por el II Concilio Lateranense (1139) con respecto a la guerra entre soberanos y pueblos cristianos. La limitación de esta prohibición a la guerra entre cristianos era prueba de que el arma de largo alcance seguía permitida en la lucha contra el enemigo injusto y era utilizada en este caso con toda naturalidad, dado que la guerra contra un tipo semejante de enemigo era por sí misma una guerra justa. Pero también con respecto a la lucha entre cristianos se impuso muy pronto la correlación entre el arma de largo alcance y la guerra justa, pues la glosa interpretaba la prohibición eclesiástica, también en contiendas entre cristianos, en el sentido de que sólo era válida para la parte injusta, mientras que al representante de la justicia no podía negársele el derecho de servirse de cualquier medio eficaz en la lucha contra la injusticia. En efecto, este razonamiento parece irrefutable y permite apreciar una correlación esencial que justifica el hecho de que volvamos a hacer mención, al final de nuestras consideraciones, de este ejemplo de la Edad Media que ya hemos señalado anteriormente (págs. 134-135).

Recordemos en este lugar una frase hegeliana: "La humani-

dad necesitaba, en el momento de la transición del feudalismo al absolutismo, la pólvora, *e inmediatamente apareció*". ¿Será posible que también hayan surgido los modernos medios de destrucción porque la humanidad moderna necesitaba de ellos? Y ¿qué es lo que la humanidad necesitaba cuando surgieron estos medios de destrucción? En todo caso, es precisa una guerra justa para poder ser justificada la aplicación de tales medios de destrucción, pues —hago uso aquí de una frase del capítulo "Foes or Friends" de la *Education of Henry Adams*— "if the foe is not what they say he is, what are they?" Recordemos las cinco *Dubia circa iustitiam belli* que expuso VITORIA, y más aún sus nueve *Dubia quantum liceat in bello iusto.* Hoy recibimos la contestación a sus preguntas. Las modernas Ciencias Naturales y su técnica nos facilitan la respuesta: *Tantum licet in bello iusto!* De ello se deduce que son históricamente inminente nuevas líneas de amistad. Pero no sería bueno que únicamente surgieran a través de nuevas criminalizaciones.

Apéndice

Apropiación, partición, apacentamiento

Un ensayo para fijar las cuestiones fundamentales de todo orden social y económico a partir del nomos

"Nehmen,Teilen, Weiden, Ein Versuch, die Grundfragen jeder Social-und Wirtschaftsordnung vom Nomos her richtig zu stellen", fue publicado en 1953 en *Gemeinschaft und Politik. Zeitschrift für soziale und politische Gestaltung* (I. Jahrg., Heft, 3, 1953). La traducción del profesor A. Truyol y Serra de este complejo ensayo, que ahora se reedita, apareció poco después en el *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca* (N° 2, enero-febrero de 1955), fundado y dirigido por E. Tierno Galván.

Apropiación, partición, apacentamiento precisa la concepción del Derecho que expusiera Schmitt interpretando el sentido de *nomos* —el *nehmen*— en la obra de 1950, *Der Nomos der Erde im Volkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (trad. española de D. Schililing: *El nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Jus Publicum Europaeum* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979). Ambos aclaran el escrito de dieciséis años antes sobre los modos de pensar el Derecho. Este artículo que reproducimos, hoy de difícil acceso al estudioso interesado, resume muy bien la idea schmitiana.

Tomando el folleto *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* (*) (trad. de M. Herrero, Madrid, Tecnos, 1996), como eje

(*) *Nota del editor:* El lector encontrará reseña crítica de este texto en el siguiente artículo dedicado a Carl Schmitt.

gravitatorio, se podría organizar el estudio del pensamiento schmitiano sobre la naturaleza del Derecho citando, como primer precedente, la pequeña obra de 1912, *Gesetz und Urteil*, en la que es ya central la categoría de decisión, circunscrita al plano legal. Seguirían cronológicamente la primera *Teología política* (1922), el artículo *Römischer Kathalizismus und politische Form* y *Legalidad y legitimidad* (ambos de 1923). *Los tres modos de pensar el Derecho* y *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* (1943-44) pueden considerarse preparatorios de los escritos en que expone Schmitt su idea madura del Derecho. Principalmente, *Das Problem der Legalität* (1950), *El nomos de la tierra* citado, *Iustissima tellus. Das Recht als Einheit von Ordnung und Ortung* (1951) y *Apropiación, partición, apacentamiento*, que sintetiza su pensamiento. Cabría añadir a esta relación convencional el artículo de 1978, *La revolución legal mundial (Revista de Estudios Políticos*, N° 10, 1979).

Apropiación, partición, apacentamiento hace sentir intensamente la concepción telúrica de Schmitt, geologicocéntrica más que antropocéntrica, como decía Hermann Hesse de la visión de la realidad de Ernst Jünger, amigo de Schmitt.

Adentrándose más allá de la filología, recordaba este último en otro lugar que, en el lenguaje mítico, la tierra es la madre del Derecho. Estrechamente vinculado a lo telúrico, la tierra, a la que se ajusta la idea humana de justicia, es lo absolutamente justo, lo que ajusta el sentimiento de justicia: *iustissima tellus*. Las leyes son sólo la forma del Derecho. Y, según eso, el positivismo jurídico es una ilusión, pues el hombre no crea el Derecho. La legalidad positivista, escribe Schmitt en *El nomos de la tierra*, *"no es más que un modo de funcionamiento de la burocracia estatal"*. La tierra, el suelo *"fue el primer supuesto de toda ulterior economía y de todo ulterior Derecho"*. El *radical title* de toda organización (¿cabría decir también que de la cultura en general?) es siempre una *landnahme* (toma de tierra, apropiación, el acto de enraizar en el mundo material). Viene luego el acto de partición *(teilen)* como participación y reparto (lo contado, pesado y partido, el *mane-tecel-fares* bíblico). Y en esa apropiacón-reparto originaria descansa el apacentamiento, la producción *(weiden)*. La tierra, madre de todo lo humano, le impone inexorablemente su propio orden sin distinguir entre ser y deber ser. La diferenciación intelectual entre *physis* y *nomos* es más tardía. Se designa como *nomos* la determinación de la *medida*, de lo que es *legítimo*, lo que da sentido a la ley a partir de la primera partición del *espacio* que sigue al apoderamiento. Visión espacial que era también, por cierto, la de Tomás Hobbes, uno de los grandes maestros de Schmitt.

La historia de los pueblos *"es una historia de la toma de tierras"*, libres o conquistadas. Por eso la esencia del poder político es la jurisdicción sobre la tierra y sólo después, indirectamente, dominio sobre los hombres que viven en ese espacio. *"Government* —escribió Locke, citado por Schmitt en *El nomos de la tierra— has a direct jurisdiction only over the land"* (*El gobierno sólo tiene jurisdicción directa sobre la tierra*), pues no es legítimo sustraerse a la medida determinada por la toma de tierra, al Derecho: gobierno *político* no es el que gobierna directamente a los hombres, sino el gobierno sometido al Derecho, al nomos de la tierra, origen de la estructura social. Eso es lo que significa la vieja sentencia de Píndaro: *el nomos es el rey (nomos basileus)*.

Pero en la época actual, dominada por la técnica de la que se espera —como auguraba Saint-Simon— la producción *(weiden)* indefinida, *"la apropiación cesa y el reparto no significa ya en sí un problema"*. Se distancian *physis* y *nomos* al confundirse este último con la ley de la ciencia natural que rige la producción. El socialismo opone aún al economicismo la preocupación por la distribución, por lo social. Mas, separado de la *physis*, también acaba siendo lo decisivo la producción. Es lo que sucede en el marxismo, un superimperialismo que ataca toda apropiación.

Lo esencial en *"todos los sistemas sociales y económicos construidos partiendo de la mera producción"*, es que se prescinde del *nomos (nehmen)* entendido como enraizamiento del Derecho y se sustituye por la mera legalidad, una abstracción. Mas, separados del espacio, del *topos*, el *teilen* y el *weiden*, la *u-topía* trastoca el orden de prelación y valoración de esos tres procesos originarios —*nehmen, teilen, weiden*—. Y la falta de una visión e ideas de orden suficientemente enraizada, da lugar a un específico nihilismo jurídico, político, histórico, como el de este momento finisecular.

La gran cuestión en el estado actual del mundo, señalaba Schmitt en su tenso, denso e intenso escrito de 1953, consiste en

la respuesta a la pregunta quién es el gran tomador, repartidor y distribuidor. La situación parece todavía más confusa en el último lustro del siglo en que aún no se deja percibir la alborada de la nueva *landnahme*...

Dalmacio Negro

Apropiación, partición, apacentamiento (**)

El tratamiento científico de las cuestiones relativas a la convivencia humana se distribuye en disciplinas especiales, jurídicas, económicas, sociológicas y otras muchas. De ahí la necesidad de una consideración amplia, susceptible de aprehender la unidad de las conexiones reales. De ahí también el problema científico de encontrar categorías fundamentales de sencillez evidente que hagan posible un planteamiento seguro más allá de la diversidad de perspectiva de las distintas ciencias especializadas.

El ensayo que aquí ofrecemos como contribución a este problema, tiende a dilucidar el sentido originario de la palabra *nomos*, para luego obtener sobre esta base algunas de estas categorías fundamentales, sencillas, evidentes y de un valor general. Los ejemplos de su aplicación a doctrinas y sistemas en el campo de las ciencias sociales, que a continuación esbozaremos, no pasan de ser breves indicaciones de su utilidad. Su generalidad debe ayudar a superar los límites de las especializaciones sin por ello negar el valor de las aportaciones de los especialistas, siendo por lo tanto otra cosa que una incursión subrepticia en el ámbito de las generalizaciones filosóficas o de las cláusulas generales iusnaturalistas.

No es menester entrar en los pormenores de una discusión filológica sobre la palabra *nomos*. Los filólogos puros, como es natural, extraen sus conceptos del campo especial en el que la palabra que investigan parece radicar. Por eso respecto a la

(**) El texto original se publicó como Separata del Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca, N° 2 (enero-febrero, 1955).

palabra *nomos* suelen partir del hecho de que los juristas, y siguiendo sus huellas, los historiadores, traducen las más de las veces esta palabra por ley o también, para diferenciarla de la ley escrita, por uso o costumbre. Hay una excelente investigación filológica acerca de la antítesis entre *nomos* y *physis*, publicada por Félix Heinimann (Basilea, 1945). Esta investigación va tan lejos en la recepción de las modernas abstracciones técnicas, que define el *nomos* como *"lo valedero para un grupo de seres vivientes"*, incluyéndolo, de esta manera, en la categoría moderna de "validez" y en un normativismo muy especial. Estamos dispuestos a dejar que nos intruyan los filólogos, pero al propio tiempo quisiéramos, por nuestra parte, hacer fecundo el sentido originario del *nomos* para los problemas de la convivencia humana e invitamos a los filólogos a que por una vez nos sigan un instante[1]. Buscamos el punto de partida más simple, que nos permita, a través de todas las especializaciones técnicas, aprehender la estructura de una serie de órdenes sociales y doctrinales

[1] La exposición de las tres acepciones fundamentales del *nomos*, que aquí ofrecemos, tiene un carácter cerrado y es comprensible en sí misma. Si alguien tuviese interés en conocer su conexión con el conjunto de mi obra científico-jurídica, me permito remitirle a mi libro *Der Nomos der Erde* (1950). En él se hallará también un corolario sobre la significación de la palabra *nomos*.

Aprovecho esta ocasión para añadir una observación complementaria. En el corolario en cuestión admití que el célebre verso tercero del comienzo de la *Odisea*, dice: *"Vio las ciudades de muchos hombres y conoció su nomos* (o, según la variante dominante, su *noos*)". Yo doy preferencia a la versión con *nomos* en lugar de la hoy dominante y consagrada que en vez de *nomos* pone la palabra *noos*. En el ya citado corolario he expuesto las razones y puntos de vista que me han movido a preferir la versión *nomos*. Del lado de la filología se me ha opuesto sobre todo un argumento de peso, a saber: que la palabra *nomos* no vuelve a encontrarse en Homero, y que por consiguiente la versión *nomos* introduciría una palabra que, caso poco probable, sólo aparece una vez, que se llama un απαξ λεγομενον. Reconozco que una versión que implique tal unicidad tiene algo poco satisfactorio. Pero el caso es que filológicamente la cosa es en realidad muy distinta. Aun cuando en Homero la palabra *nomos* no vuelva a figurar, aparecen en cambio nombres propio compuestos con *nomos: amphinomos, ennomos, eyrynomos,* más aún (y ello ofrece un interés especial en relación con las griegas de aquel verso tercero de la *Odisea*) *astynomos*. Todos estos nombres propios están determinados espacial y localmente, relacionándose con el concreto trozo de tierra, que quienes los usan en cada caso recibieron al ocuparse y repartirse el país. En este orden de ideas los nombres propios son más expresivos que otros.

y hallar el planteamiento certero en lo que toca al núcleo de su ética y su imagen histórica.

I

El substantivo griego *nomos* viene del verbo griego *nemein*. Tales substantivos son *nomina actionis* y designan un hacer como suceso cuyo contenido está dado por el verbo. ¿Qué acción y qué acontecer designa pues la palabra nomos? Evidentemente la acción y el efecto de *nemein*.

Nemein significa en primer término lo que la palabra alemana *nehmen* (tomar). La palabra alemana *nehmen* tiene la misma raíz lingüística que la griega *nemein*. Y si el substantivo *nomos* es *nomen actionis* de *nemein*, el sentido primario de *nomos* tiene que referirse a un *nehmen*.

Del mismo modo que *logos* es el nombre de acción de *legein*, o *tropos* lo es de *trepein*, indica *nomos* un hacer y un efecto cuyo contenido consiste en un *nemein*. Y del propio modo que la relación lingüística de las palabras griegas *legein-logos* da en alemán la relación *sprechen-sprache* (hablar-el habla), así la relación lingüística de las palabras griegas *nemein-nomos* conduce en alemán a la relación *nehmen-nahme* (tomar-toma). De ahí que en alemán *nomos* signifique primero: *die nahem*, la toma.

En alemán *nemein* significa en segundo lugar, *teilen* (partir). El substantivo *nomos* indica, según esto, en segundo lugar, la acción y efecto de partir y repartir, es decir, un *ur-teil*, una partición originaria y su resultado. El primer sentido del *nomos* como un tomar, había caído hacía tiempo en el olvido en la ciencia jurídica. En cambio, esta segunda significación del *nomos* como proceso primario y fundamental de partición y repartición, de *divisio primaeva*, no fue olvidada por ningún gran maestro del derecho. En la obra *Leviatán*, de Thomas Hobbes (1651), es clásico el siguiente texto (Parte II, Of. Commonwealth, cap. 24. Of the Nutrition and Procreation of a Commonwealth): *"La alimentación de una comunidad consiste en el suministro y la repartición de todo lo necesario para la vida; el derecho y la propiedad son consecuencia de esta repartición; esto se sabía desde antiguo y se llamó 'Nomos', es decir, 'distribución'* (distribution), *y nosotros lo llamamos derecho* (law) *y conceptuamos como justicia* (justice) *el que con ocasión de esta distribución reciba cada cual lo suyo"*. En segundo

lugar, pues, *nomos* es derecho en el sentido de la participación que recibe cada cual, el "*suum cuique*". Hablando en abstracto, *nomos* es derecho y propiedad, es decir, la participación en los bienes necesarios para la vida. Hablando en concreto es *nomos*, por ejemplo, la gallina que tiene el aldeano los domingos en el puchero cuando gobierna un buen rey: el trozo de tierra que él cultiva como propiedad suya; el automóvil que un trabajador tiene hoy ante su puerta en los Estados Unidos de América.

Nemein significa en tercer lugar *weiden* (apacentar). Esto es, el trabajo productivo que normalmente se lleva a cabo sobre la base de la propiedad. La justicia conmutativa de la compraventa y el trueque en el mercado presupone no sólo la propiedad, nacida de una primera partición la *divisio primaeva*, sino también una producción. Este tercer sentido del *nomos* recibe su correspondiente contenido a tenor de la índole y las modalidades de la producción y elaboración de bienes. La busca de pastos y el apacentamiento del ganado, propios de nómadas como Abraham y Lot; el laboreo del campo de Cincinnato detrás de su arado; la zapatería artesana de Hans Sachs en su taller; el trabajo profesional e industrial de Federico Guillermo Krupp en sus fábricas; todo esto es *nemein* en el tercer sentido de nuestra palabra: el apacentar, administrar, aprovechar, producir[2].

II

Cada uno de estos tres procesos —apropiación, partición, apacentamiento— pertenece a la plenitud de la esencia de lo que ha aparecido hasta ahora en la historia como ordenación jurídica y social. En cualquier estado de la convivencia humana, en cualquier ordenación económica y laboral, en cualquier sector de la historia del derecho, se ha venido, hasta hoy, de alguna manera tomando, partiendo y produciendo. Ante cada ordenación jurídica, económica o social, se plantea por consiguiente

[2] El verbo "*nutzen*" (sobre el que me ha llamado la atención Johannes Winckelmann) es especialmente acertado, pues en él se contienen producción y consumo, eludiéndose la antítesis entre una y otro, que se ha vuelto problemática. Habrá que tenerlo en cuenta, aun cuando a continuación hablemos muchas veces sólo de producción, en aras a la sencillez.

esta simple cuestión: ¿dónde y cómo se realiza la apropiación?, ¿dónde y cómo se procede a repartir?, ¿dónde y cómo se produce? Y el orden de prelación de estos procesos es el que constituye el gran problema. Porque este orden de prelación ha variado frecuentemente lo mismo que el acento y la valoración que práctica y moralmente corresponda al tomar, al partir o al producir, para la respectiva conciencia de los hombres. El orden de prelación y valoración se alteran con la situación mundial e histórica en su conjunto, con los métodos de la producción y distribución de bienes y también con la imagen que los hombres se forman de sí mismos, de su tierra y de su situación histórica[3].

Hasta la revolución industrial del siglo XVIII europeo, el orden en general, y el de prelación en particular, descansaban inequívocamente en el hecho de que en cualquier caso se reconocía en la apropiación un supuesto y un fundamento evidentes para la partición y producción ulteriores. Con ello quedó fijado para milenios de la historia humana y de la conciencia humana el orden de sucesión típico. La tierra, el suelo, fue el primer supuesto de toda ulterior economía y de todo ulterior derecho. Todavía en la doctrina jurídica de Kant se afirma, como verdad filosófico-jurídica y jurídico-natural, que la primera adquisición de una cosa no puede ser otra que la del suelo[4]. Esta tierra, base de toda productividad, tiene que haber sido tomada alguna vez por los predecesores jurídicos de quienes hoy la poseen. Por eso, en el principio está la "*ley distributiva de lo mío y lo tuyo de cada uno respecto al suelo*" (Kant), o sea el *nomos* en el sentido de apropiación concretamente, de toma u ocupación de una tierra *(landnahme)*. Este es el punto de referencia de la partición y de la ulterior elaboración económica.

La historia de los pueblos, con sus migraciones, colonizaciones y conquistas, es una historia de toma de tierras. Y ésta es o una toma de tierras libres, es decir, hasta entonces sin dueño, o la conquista de tierras ajenas, tomadas del dueño anterior al amparo de títulos jurídicos de la guerra exterior o repartidas de

[3] Hasta los mansos, que según el Sermón de la Montaña poseerán en herencia la tierra (S. Mateo, V, 5), no podrán dejar de apropiarse tierra y distribuírsela; la palabra para designar la clase de posesión que es la suya, en efecto, es χλησονομησουςιν.

[4] Cf. *Der Nomos der Erde*, 1950, Corollarium I, p. 22.

nuevo según los métodos político-internos de la proscripción, el despojo y la confiscación. La toma de una tierra es siempre el título jurídico último de toda ulterior participación y reparto, y por ende de toda ulterior producción. Es el *radical title*, según la expresión de John Locke, el cual, como inglés del siglo XVII, pensaría, sin duda, todavía en la toma de Inglaterra por Guillermo el Conquistador (1066).

Todas las tomas de tierra de la historia, conocidas y famosas, todas las grandes conquistas llevadas a cabo por obra de guerras y ocupaciones, de colonizaciones, migraciones de pueblos y descubrimientos, confirman la prioridad fundamental del proceso de apropiación respecto del de partición y de apacentamiento. La narración bíblica de la toma de las tierras de Canaán por los israelitas (Núm. XXXIV y Josué XI, 23) ofrece un ejemplo de ello, clásico también en el aspecto expositivo. Como es natural, una vez efectuada la partición, la ordenación económica y social surgida de esta toma y ocupación de tierra verá acentuarse más en su seno la partición que la primitiva toma de posesión. El reparto queda más fijo en la memoria que la apropiación. Esta fue sin duda el supuesto del reparto y de la participación concreta del *kleros*. Ahora bien, todas las ordenaciones y relaciones jurídicas concretas relativas a la tierra así tomada, sólo resultan del reparto, por cuya virtud se asignó a cada estirpe, linaje o grupo, y también a cada individuo, su "mío" y "tuyo". Y es también natural que, dada esta manera de pensar y considerar las cosas, se tenga casi siempre en cuenta únicamente el resultado final del reparto de la tierra tomada, es decir, el lote de tierra adquirido concretamente (el *kleros*), la participación adquirida concretamente, y no el hecho y el procedimiento del reparto en cuanto tal. Ahora bien, el propio proceso del reparto es también un problema importante en sí mismo, es decir, en sus pautas y su procedimiento.

Antes de que pueda repartirse lo que fuera tomado por conquista, descubrimiento, expropiación o de cualquier otra manera, hay que contarlo y pesarlo, conforme a la antiquísima fórmula: *contado-pesado-partido*. La misteriosa inscripción de la pared, que en el capítulo 5° del *Libro de Daniel* aparece, tantas veces citada, y que reza *mane-tecel-fares*, no contiene otra cosa que el anuncio de una inminente toma y distribución de la tierra (de los caldeos) por los medos y los persas. Incluso cuando el recuento y la valoración de lo tomado ha concluido, el procedimiento del reparto suscita a su vez nuevas y ulteriores cuestiones. En tiempos antiguos, decidía aquí, es decir, en el origen y sobre la base propia del orden jurídico y económico, la suerte, o sea un juicio de Dios como la guerra y la conquista misma. Platón concibió en los *Nomoi* (v. 748) el modelo clásico. Pero, todavía un pensador ilustrado como Tomás Hobbes pudo sostener, para casos como el de la primera partición, que la decisión basada en la suerte es de derecho natural (*De cive*, cap. IV, § 15)[5].

III

Una de las impresiones más fuertes, acaso incluso la decisiva, recibida por el revolucionario ruso de profesión que era Lenin, durante su estancia en Inglaterra, como emigrante, no procede de un análisis económico de las relaciones de producción, sino de una formulación del programa de política mundial que por aquel entonces, a finales del siglo XIX, hiciera público el imperialista inglés José Chamberlain. Lenin oyó discursos de José Chamberlain y en su libro sobre el imperialismo se percibe todavía la huella del profundo impacto que dejaron.

El imperialismo, decía José Chamberlain, es la solución de la cuestión social. Ello significaba, en aquella fecha, un progra-

[5] También ciertas leyes modernas confían ocasionalmente la decisión a la suerte, pero, naturalmente, no en el sentido de una ordalía, sino como expendiente para zanjar una situación, por otra parte sin salida, o como forma consciente o inconsciente del juego de lotería, o por otros motivos, cuya consideración sería ya de por sí un problema científico-jurídico y científico-social. La decisión por la suerte interviene como un simple recurso, por ejemplo, en disposiciones de derecho electoral, cuando los votos se equilibran —cosa frecuente en una época de mayorías escasas—. En este caso no cabrá hablar del "azar" de la suerte, por cuanto se presupone una homogeneidad democrática común, que tiene por base un asentimiento a cualquier resultado del proceso democrático de integración. En cambio, la introducción de una decisión por suerte en la Ley Federal alemana sobre investigaciones en la economía industrial, del 7 de enero de 1952, § 32, tiene más bien el carácter de una lotería; es la suerte la que decide en el procedimiento de atribución de los títulos valores. Hans P. Ipsen ve en ello, probablemente con razón, una regulación anticonstitucional de la cuestión de la indemnización ("Rechtsfragen der Investitionshilfe", en *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 78, 1953, p. 330).

ma de expansión colonial; lo cual implicaba una primacía del tomar con respecto al partir y al apacentar, y de una manera que correspondía a la imagen histórica de la política imperante desde hacía milenios. Y esto precisamente constituía, a los ojos del ruso Lenin, la sentencia histórica de muerte del imperialismo en general y del imperialismo inglés en particular. Porque el imperialismo anglosajón, para Lenin, no era sino robo y botín, y ya la palabra botín es suficiente para que quede condenado moralmente. Que al reparto y a la producción hubiera de anteponerse la expansión imperialista, es decir, un tomar, y en particular la toma de tierras, era un orden de prelación que a un socialista como Lenin tenía que antojársele algo ya de suyo medieval, por no decir atávico, reaccionario, opuesto al progreso, y en definitiva inhumano. Y no le fue difícil a la repulsión moral de Lenin encontrar en el arsenal de la filosofía de la historia progresista, no menos que en el de la marxista, gran número de argumentos aniquiladores contra un enemigo tan reaccionario, que quería tomar algo a otros, mientras él, Lenin, se afanaba simplemente en desarrollar las fuerzas productivas y electrificar el planeta.

He aquí el punto donde el socialismo coincide con la economía política clásica y su liberalismo. Porque también el núcleo científico-social y filosófico-histórico del liberalismo atañe al orden de prelación de la producción y la distribución. El progreso y la libertad económica consisten en la liberación de las fuerzas productivas, de la que resulta espontáneamente un aumento tal de la producción y de la masa de los bienes de consumo, que la apropiación cesa y el reparto mismo no significa ya en sí un problema. Es evidente que el progreso de la técnica conduce a un aumento imprevisible de la producción. Mas habiendo lo suficiente, e incluso más de lo suficiente, ver el supuesto primario y fundamental del orden económico y social en la apropiación, aparece como un atavismo, como una recaída en el primitivo derecho de presa de una época de escasez. El nivel de vida se eleva cada vez más, el reparto se hace cada vez más fácil, cada vez menos peligroso, y la apropiación, finalmente, se convierte no sólo en inmoral, sino también, en un sentido económico, en irracional, en un verdadero contrasentido.

El liberalismo es una doctrina de la libertad, de la libertad

de producción económica, de la libertad de mercado, y sobre todo de la reina de las libertades económicas, la libertad de consumo. También el liberalismo resuelve la cuestión social refiriéndose al aumento de la producción y la del consumo, aumentos ambos, en definitiva, que habrán de resultar de la libertad económica y de las leyes de la economía. En cambio el socialismo plantea la cuestión social como tal, pretendiendo solucionarla como tal. ¿Y qué es la cuestión social? ¿Cuál es el orden de prelación de las tres categorías fundamentales del *nomos*, dentro del cual se mueve? ¿Consiste esencialmente en una cuestión de apropiación, o es una cuestión de reparto y de distribución justos, por lo que el socialismo viene a ser ante todo una teoría de la re-distribución?

No es sólo el socialismo radical, ni es sólo el comunismo el que hace referencia a una distribución y una re-distribución: esta referencia se halla ya en el concepto de lo social, que de una u otra manera han adoptado todos los partidos políticos de la democracia actual en Europa, aunque no sea más que como adjetivo. En Alemania se asiste hoy a una discusión vehemente no sólo acerca de la economía social del mercado, sino también en torno a la cuestión jurídico-constitucional del sentido exacto que haya de darse realmente al Estado federal social y al Estado social de derecho, que la Ley fundamental de la República Federal Alemana pretende constituir (arts. 20 y 28)[6]. Hasta en los intentos jurídicos de una definición de este multívoco término *social*, las nociones de distribución y redistribución se presentan una y otra vez como determinantes. He aquí lo que escribe un destacado representante del derecho constitucional alemán, Hans-

[6] Bibliografía en Christin Friedrich Menger, *Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz*("Recht und Staat" nº 173), Tubinga, 1953, y en Günther Dürig: "Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrsstaat", en *Juristenzeitung*, nº 7/8 (15 de abril), 1953, p. 196. Por cierto, que Menger pretende reducir el concepto de lo social a una mera "consideración recíproca", alegando que los autores de la Ley Fundamental renunciaron conscientemente al Estado-providencia. Ernst Rudolf Huber (*Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2ª edición, vol. I, Tubinga, 1953,, p. 37) cree que la cláusula sobre el Estado social en los citados artículos sólo implica la "reserva general de carácter social", que somete la libertad económica al principio de la justicia social, es decir, de la garantía de una existencia humana digna para todos. Ernst Forsthoff ha de dar en esta materia el estudio jurídico-constitucional de conjunto y conclusivo.

Peter Ipsen, en un dictamen ya famoso sobre la expropiación y socialización (octubre de 1951): *"Con respecto al régimen de la propiedad, que aquí consideramos, como sector del orden social, yo entiendo por configuración del orden social la reforma y transformación del régimen de la propiedad 'hasta su misma redistribución'"*. En cuanto al concepto de socialización, se nos dice que *"la socialización en el sentido genuino, aun no atenuado y juridificado —y por consiguiente despojado de su significación propiamente revolucionaria, por normas constitucionales—, postula la transformación sistemática de la ordenación económica de la propiedad en vista de la 'futura participación de los aun no participantes'"* (p. 75). Sigamos: *"Si el concepto de socialización, jurídicamente indiferente —visto desde la dogmática de la constitución vigente de nuestra empresa—, ha de llegar a tener un sentido que a la vez corresponda al postulado de la socialización engendrado por la historia y la política económica, entonces exige la sustitución del régimen de propiedad individual, orientado hacia el interés particular y únicamente sometido a limitaciones generales de derecho público, cuando menos, por un dominio colectivo (dominio plural, condominio), por virtud del cual 'grupos sociales hasta entonces excluidos de la propiedad tengan en adelante participación en ella'"* (p. 106).

Pero precisamente porque el socialismo plantea la cuestión del orden social con carácter inmediato y en toda su amplitud, como una cuestión de reparto y distribución, tropieza a su vez con el viejo problema del orden de prelación y de la valoración de aquellos tres procesos originarios de la convivencia y la gestión humana de las cosas. Tampoco el socialismo puede eludir la cuestión fundamental de la apropiación, el apacentamiento y la distribución, ni la problemática de su orden de prelación. Y a la luz de esta cuestión fundamental salen a la superficie las fuertes diferencias, cuando no contrastes, que separan entre sí las muchas doctrinas y los muchos sistemas que circulan bajo la común denominación de socialistas, y a los que su diversidad no impide se les reconozca el derecho de enarbolar la bandera del socialismo.

Un socialista como Charles Fourier es aquí un ejemplo especialmente sencillo. Para él, todos los problemas de apropiación y de reparto desaparecen en un aumento fantástico de la producción. Esta es la razón por la que viene siendo considerado como utopista. Pero debiera no perderse de vista que con este supuesto utopismo, precisamente Fourier llega a una posición clara ante las cuestiones fundamentales, confirmando la vinculación histórico-temporal del socialismo a la imagen histórica del progreso técnico y su ilimitado aumento de la producción. Otra cosa ocurre con Proudhon. Proudhon argumenta sobre todo con un *pathos* marcadamente moral, a base de las categorías del derecho y la justicia. De ahí que su socialismo sea esencialmente una teoría del reparto y la distribución. La preferencia otorgada al productor sobre el consumidor, al que trabaja sobre el que se limita a comer, es la resultante de juicios morales de valor. La humanidad no se divide, como ocurrirá más tarde en Georges Sorel, según las categorías de amigo y enemigo, en productores y meros consumidores. Proudhon es moralista, y lo es incluso en el sentido específicamente francés de la palabra. En él la apropiación se convierte en una consecuencia y un corolario del reparto y la distribución justos, por cuya virtud los auténticos productores despojan a los meros consumidores de la propiedad que se adjudicaran.

Por el contrario, el socialismo de Carlos Marx no argumenta en términos de moral, sino de dialéctica filosófico-histórica. Claro está que no renuncia a señalar injusticia en el adversario. Tampoco renuncia al intenso enojo moral ni frente a la expoliación abierta del capitalismo incipiente de la época de los piratas, ni frente a las formas veladas del tomar, en las que la apropiación de la plus-valía producida por el trabajador se lleva a cabo por el capitalista. Pero en perspectiva filosófico-histórica construye Marx la evolución de la ordenación de la sociedad civil como una (permítasenos la expresión) "antisituacionalidad" *(situationswidrigkeit)* de la distribución que crece con el aumento de la producción, como un absurdo económico que se opone a la dialéctica de la historia y que finalmente se anulará y destruirá a sí mismo[7].

[7] En un pasaje bien conocido de *Economía y sociedad*, célebre también por su posición con respecto a la expresión "Gemeinwirtschaft", Max Weber ha establecido una distinción entre un "socialismo de racionamiento" *(rationierungsozialismus)*, que como dice el propio Max Weber se compagina bien con un "socialismo de consejos de fábrica" *(betriebsrats-sozialismus)*, y un socialismo evolucionista (*Wirtschaft und Gesellschaft*, p. 61. Trad. castellana. Vol. I, por J. Medina Echavarría, México, 1944, p. 111).

La diferencia profunda que separa un socialismo cuya idea central sea filosófico-histórica, de un socialismo que argumente fundamentalmente en términos morales, se hace aquí patente en la diferencia del orden de prelación y la valoración de los procesos de apropiación, reparto y producción. La dialéctica filosófico-histórica de la evolución histórico-universal da al que se halla del lado de las cosas futuras el gran derecho histórico de tomar lo que en el fondo ya tiene. La ulterior distribución y la producción consiguiente vienen a ser entonces cuestiones sobre las que no es preciso insistir mientras no se haya realizado la gran apropiación previa.

Marx recoge, ampliándola, la afirmación progresista del incalculable aumento de la producción, esencial al liberalismo progresista. Ello hace que pueda tratar la cuestión de la distribución concreta como una preocupación futura. En Marx todo el ímpetu del virulento ataque se concentra en la expropiación de los expropiadores, es decir, en el proceso de apropiación. En el lugar del viejo derecho de presa y de las primitivas ocupaciones de tierras de épocas preindustriales, surge ahora la toma de posesión de todos los medios de producción, la magna apropiación industrial moderna. Lógico sería que a continuación se plantease la cuestión, tan próxima, de cómo haya de ser la distribución concreta de las nuevas oportunidades de apropiación. Pues con la expropiación de los antiguos propietarios se abren automáticamente nuevas posibilidades de apropiación, y por cierto en una enorme medida, siendo indiferente que se las designe como propiedad o como función social. Ahora bien, esta cuestión obvia no recibe ya una respuesta concreta, aunque sea suficientemente interesante para ello. Marx la rechaza, por no ser científica. Ni se admite la cuestión concreta de la prosecución y configuración del enorme aumento de producción que vaya a resultar de la gran apropiación industrial. Podrá cesar ciertamente la expoliación, mas no por ello cesará la apropiación como supuesto de la nueva distribución. Si la esencia del imperialismo reside en el proceso de la apropiación, previa al reparto y a la producción, es evidente que una doctrina de la expropiación de los expropiadores, como es la de Marx, viene a ser un imperialismo extremo, por más moderno.

Eliminemos toda apropiación por inhumana e históricamente superada. Reduzcamos asimismo el problema del reparto a una mínima expresión, por ser demasiado difícil encontrar para ello, no sólo principios generales, sino también pautas concretas convincentes y procedimientos jurídicamente viables. Y ya sólo nos quedará el apacentamiento, la producción. Es un rasgo genial de más de un doctrinario el haber desviado la mirada de la apropiación y del reparto, dirigiéndola hacia la pura producción. Pero es evidente que todos los sistemas sociales y económicos construidos partiendo de la mera producción tienen algo de utópico. Si efectivamente sólo quedan problemas de producción y la pura producción crea una riqueza tal y posibilidades de consumo tan incalculables que ni la toma ni el reparto constituyan ya problemas, cesará entonces también la actividad económica en sentido propio, ya que una actividad económica presupone siempre todavía cierta escasez.

* * *

Nuestras observaciones en torno al socialismo y al imperialismo no han de entenderse sino como ejemplo llamado a sugerir la utilidad de las tres opciones fundamentales del *nomos* antes enunciadas, y del problema de su orden de prelación. Dada la amplitud e importancia de la literatura que, acerca de los temas concretos del socialismo y el imperialismo, por no ir más lejos, existe, el subrayar tan enérgicamente en el imperialismo la vertiente de la apropiación, como hemos hecho en las páginas que preceden, podría parecer excesivamente sencillo, por no decir primitivo. Y ello, en verdad, sería superfluo y poco más que una repetición del excelente análisis y pronóstico que ya en 1925 diera Carl Brinkmann (en su artículo sobre el imperialismo, publicado en la *Festgabe für Lujo Brentano*, pp. 87/88), al escribir: *"Y es que el imperialismo es precisamente en gran parte la lucha técnica en el sentido más amplio de la palabra, contra estas leyes mismas* (se refiere a las leyes de la renta y de la población formuladas por la económica política clásica), *y no sólo la lucha por los lugares donde están las fuentes nutricias en que se apoyan. Mas, no faltan en ningún sitio indicios de que también esta segunda lucha, más primitiva, estará en el primer plano de la economía mundial"*. Sin duda alguna, ello es exacto. Pero aquí nos importa, además, otra cosa: el perpetuo paralelismo, el orden de prelación y la valoración cambiante de las tres categorías fundamentales de la apropiación, el reparto y el apacentamiento, insitos en cada

nomos concreto, y latentes, con una valoración y un orden de prelación distintos, en todos los sistemas jurídicos, económicos y sociales, para volver una y otra vez a hacerse virulentos, según vicisitudes a menudo asombrosas.

El empeño científico que nos mueve aparece con la mayor claridad si colocamos bajo nuestras tres categorías al *nomos* una cuestión actual, que todo lo abarca, y que surge hoy ante toda consideración científico-jurídica: la cuestión del estado actual de la unidad del mundo. ¿Se han "apropiado" ya realmente, hoy, los hombres de su planeta como una unidad, de tal manera que no quede efectivamente nada más por tomar? ¿Ha llegado ya realmente a su fin, hoy, el proceso de apropiación, y cabe ya sólo efectivamente repartir y distribuir? ¿O no será que únicamente quepa producir? Y entonces seguimos preguntando: ¿quién es el gran "tomador", el gran repartidor y distribuidor de nuestro planeta, el que dirige y planea la producción mundial unitaria? Ya la simple formulación de la pregunta es adecuada para que nos precavamos ante más de un cortocircuito ideológico. Porque operan aquí simplificaciones harto difundidas y contundentes, pero científicamente muy superficiales. Ellas nos sugieren unidades ficticias. Y sus simplificaciones no pueden superarse mas que recurriendo a la simplicidad más profunda de conceptos originarios.

Carl Schmitt

Índice de autores